UDC 34/35 : ISSN 0003-2565



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2015 /БРОЈ 1/ ГОДИНА LXIII

Радови у овом часопису подлежу анонимној рецензији двоје рецензената које одређује Редакција

Ставови изражени у часопису представљају мишљење аутора и не одражавају нужно гледишта Редакције, која због њих не преузима одговорност

Издавач
Правни факултет Универзитета у Београду

Лектор и коректор
Марина Давидовић

Технички уредник
Јован Ђорђевић

Дизајн корица
С. I. В.

Слог и прелом
ДОСИЈЕ
СТУДИО

Штампа
ДОСИЈЕ
СТУДИО

UDC 34/35 : ISSN 0003-2565



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2015 /БРОЈ 1/ ГОДИНА LXIII

Анали Правног факултета у Београду

Година LXIII, бр. 1/2015, стр. 1–350

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Дејан Поповић, Гордана Илић-Попов, Ретроактивност закона у пореском праву – – – – – – – – – – – – – – – – – – 5

Борис Беговић, О економској неједнакости и друштвеном благостању – 23

Предраг Стојановић, Илија Зиндовић, Правна одговорност за развој и заштиту животне средине – – – – – – – – – 41

Драгор Хибер, Побијање уговора о јемству у стечајном поступку – 58

Тамаш Корхец, Нетериторијална самоуправа националних мањина у Србији – 75

Драгиша Дракић, О настанку мера безбедности као кривичних санкција – 97

Душан В. Поповић, Критички осврт на сродноправну заштиту издавача: заштита привредног или културног подухвата – 116

Мирјана Радовић, Провизија трговинског заступника – – – – 133

Бранко Радуловић, Унапред припремљени планови реорганизације и проблем негативне селекције – – – – 151

Милош Станковић, Правна природа афатомије – – – – – – – – – 169

Иван Ђокић, О добровољности одустанка од извршења кривичног дела – 186

Катарина Доловић, Утицај савесности повериоца на последице неоснованих раскида уговора – – – – – – 202

Драгана Чворовић, Вељко Турањанин, Улога пороте у француском кривичном поступку – – – – – – – – – – – 217

Живорад Рашевић, Ветерани пред Европским судом за људска права: Вучковић и други против Србије– – – – 234

Милош Радовановић, Услов за дозвољеност тужбе против осигуравајућег друштва – – – – – – – – – – – – – – – – – – 252

ЗАКОНОДАВНА И СУДСКА ПРАКСА

Бојан Ђокић, Кршење људских права на Косову и Метохији (1999–2014): један случај – – – – – – – – – – – – – – – – – 268

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Петар Митровић, Начело световности у Републици Србији према Уставу из 2006. – – – – – – – – – – – – – – – – – – – 287

ПРИКАЗИ

Adam Tooze, *The Deluge: The Great War and the Remaking of Global Order, 1916–1931*, Allan Lane, London, 2014, 644. (Борис Беговић) – 304

John Micklethwait, Adrian Wooldridge, *The Fourth Revolution: The Global Race to Reinvent the State*, Allen Lane, London, 2014, 305. (Пеђа Митровић)– 310

Иван Јанковић, *На белом хлебу. Смртна казна у Србији 1904–2002*, Службени гласник–Клио, Београд 2012, 622. (Стефан Душанић)– 314

Leszek Balcerowicz, Andrzej Rzonca, (eds.) *Puzzles of Economic Growth*, Washington, DC, 2015, 352. (Ана Одоровић) – 321

Annika Mombauer, *Die Julikrise. Europas Weg in den Ersten Weltkrieg*, München: C. H. Beck, 2014, 128. (Михаел Антоловић)– – – – – – – – – – – – – – – – – – – 326

НЕКРОЛОГ

Милош Јовановић, *Морис Диверже* (1917–2014) – – – – – – – 330

Упутство за ауторе – 341

ЧЛАНЦИ

УДК 340.132.3::347.73

CERIF: S141

Др Дејан Поповић[*]

Др Гордана Илић-Попов[**]

РЕТРОАКТИВНОСТ ЗАКОНА У ПОРЕСКОМ ПРАВУ

У упоредном пореском праву у начелу важи правило да закон нема повратни ефекат; оно се може наћи у уставима или изведено од стране уставних судова из принципа правне сигурности. Питање ретроактивности не може се поставити код увођења пореза на имовину, јер је ту предмет опорезивања по природи ствари имовина као резултат акумулације непотрошеног дохотка из претходних периода. Истина, у многим правним системима допуштена је ретроактивност под стриктно постављеним условима. Аутори разликују ретроактивност од ретроспективности, где се, код ове друге, која је у начелу допуштена, закон примењује на будуће последице опорезивог догађаја који се десио пре његовог доношења, и то без прелазног решења.

Анализирајући утицај Радбрухових вредности садржаних у идеји права на принципе интертемпоралног права, они закључују да забрана ретроактивности подразумева примат принципа правне сигурности, док ретроспективност у први план ставља принципе сврсисходности и једнакости. Указано је на став Европског суда за људска права да порески закон примењен ретроактивно не представља per se повреду права на неометано уживање имовине, при чему Суд разрађује услове под којима би таква примена могла бити непропорционална. Пошто је Србија и Црна Гора ратификовала Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, овакав став Суда је релевантан за српског законодавца.

Кључне речи: *Интертемпорална правила. Порески закон. Ретроактивност. Ретроспективност. Ступање закона на снагу.*

[*] Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *dejan.popovic@ius.bg.ac.rs*

[**] Ауторка је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *gordana@ius.bg.ac.rs*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Када се помене сукоб закона у пореском праву, пре свега се мисли на ситуацију када је потребно утврдити порески закон на које државе ће бити примењив на одређену пореску ситуацију с иностраним елементом, те како отклонити штетне последице двоструког правног опорезивања које због тога могу да настану. Међутим, о сукобу пореских закона можемо говорити и из угла једног од базичних принципа на којима се заснива пореско право – принципа законитости. Уз захтеве да само закон може бити извор пореског права, потребу за тумачењем пореских закона и за применом аналогије на начин као и код других закона, забрана ретроактивног дејства пореских закона представља један од правних захтева који лежи у основи овог општег правног начела.

Пошто је пореска област врло динамична, па, као таква, изложена честим изменама у законодавству, у пракси нису ретке ситуације када се последице опорезивог догађаја протежу у наредном периоду, који је обележило доношење новог пореског закона. Тада се пред пореске обвезнике и пореске органе поставља дилема да ли се на дати опорезиви догађај, који је у правном или економском животу настао пре новодонетог закона, примењује стари закон (који је важио у време настанка опорезивог догађаја) или, пак, нови закон, у који евентуално треба уградити прелазне одредбе које ће се примењивати на такве ситуације.

Овде је реч о колизији извора права у времену, тзв. интертемпоралним правилима.[1] Сâма природа пореског догађаја намеће потребу за детаљнијом разрадом ових правила, како не би били угрожени ни фискални интереси државе, али ни правна и пословна сигурност пореских обвезника.

2. ИНТЕРТЕМПОРАЛНА ПРАВИЛА

Решење сукоба закона у времену, начелно посматрано, гласи: *lex retro non agit* – закон нема повратну снагу. Међутим, упоредноправна анализа показује да различите земље имају различите приступе при решавању интертемпоралног сукоба закона. На једној страни су правни системи у којима је оно спроведено у уставу. Пошто забрана ретроактивности у пореском праву традиционално није укорењена тако дубоко као у кривичном праву, неки устави садрже

[1] Владимир В. Водинелић, *Грађанско право. Увод у грађанско право и Оп шти део грађанског права*, Службени гласник, Београд 2012, 50. Вид. више: Вла димир В. Водинелић, „Интертемпорално грађанско право. О повратном дејству грађанскоправних норми“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 3/1991, 66.

забрану ретроактивности у казненом праву, а не помињу је у пореском праву (нпр. чл. 9, ст. 3 Устава Шпаније[2]). Уосталом, Европски суд за људска права (даље: *ЕСЉП*) стоји на становишту да чињеница да је порески закон примењен ретроактивно не представља *per se* повреду чл. 1 Протокола бр. 1 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода Савета Европе[3] (даље: *ЕКЉП*), пошто ретроактивни порески закон није као такав забрањен том одредбом. Тамо где устав начелно забрањује повратно дејство пореских закона правна поставка забране може бити усмерена само на те законе или је генералне природе. У првој варијанти, чл. 78, ст. 2 Устава Грчке прописује да порез или други фискалитет, осим изузетно, не може бити уведен ретроактивним законом с применом пре пореске године која претходи увођењу пореза.[4] Такође, у поглављу 2, чл. 10, ст. 2 Устава Шведске прописано је да порези или други јавни приходи не могу бити наплаћени уколико то не произлази из норми које су биле на снази када су се догодиле чињенице које стварају пореску обавезу, уз неке изузетке.[5] Коначно, чл. 103, ст. 3 Устава Португалије[6] садржи забрану ретроактивности пореских закона, али *sine exceptione*. Друга варијанта среће се у посткомунистичким уставима неких држава Централне и Југоисточне Европе, где се забрана ретроактивности односи на све законе – дакле и на пореске. Тако, чл. 15, ст. 2 Устава Румуније[7] прописује да „закон делује само за будуће време, осим када је кривични или прекршајни закон повољнији за починиоца“, чл. 155, ст. 1 и 2 Устава Словеније[8] предвиђа забрану ретроактивности за све законе и друге опште акте, допуштајући изузетак да се само

[2] Spanish Constitution, *http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist Normas/Norm/const espa texto ingles 0.pdf*, 6.2.2015.

[3] *Службени лист СЦГ*, бр. 9/03, 5/05, 7/05, *Службени гласник РС Међународни уговори*, бр. 12/10.

[4] Чл. 78, ст. 3 Устава Грчке предвиђа да ће изузетно, у случају увођења или повећања увозне или извозне царине или акцизе, њихова наплата бити допуштена од дана када је предлог закона достављен Парламенту, под условом да се закон објави у року од месец дана од изгласавања, а не касније од десет дана од окончања сед нице Парламента. Вид. The Constitution of Greece, *http://www.hri.org/docs/syntagma/*, 6.2.2015.

[5] У случају изузетака од одредаба о забрани ретроактивности (а то могу да буду и разлози повезани с ратом или економском кризом), потребно је да Влада или одбор Парламента поднесу такав формални предлог Парламенту. Вид. The Constitution of the Kingdom of Sweden, *http://www.parliament.am/library/sahmanadrutyunner/Sweden.pdf*, 6.2.2015.

[6] Constitution of the Portuguese Republic, *http://app.parlamento.pt/site antigo/ingles/cons leg/Constitution VII revisao definitive.pdf*, 6.2.2015.

[7] Constitution of Romania, *http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?id 371*, 6.2.2015.

[8] Constitution of the Republic of Slovenia, *http://www.us rs.si/en/about the court/legal basis/*, 6.2.2015.

законом може установити да одређене његове одредбе имају ретроактиван ефекат, ако то захтева јавни интерес и под условом да тиме нису нарушена стечена права, а чл. 197, ст. 1 Устава Србије[9] налаже да „закони и сви други општи акти не могу имати повратно дејство“, уз изузетак који допушта ст. 2 истог члана да „само поједине одредбе закона могу имати повратно дејство, ако то налаже општи интерес утврђен при доношењу закона“.

С друге стране, у Немачкој забрана ретроактивности не постоји у Уставу (осим за кривичне законе[10]), али је Савезни уставни суд (нем. *Bundesverfassungsgericht*) изводи из уставног начела владавине права, које подразумева правну сигурност и поверење јавности.[11] Ни француски Устав[12] не садржи забрану ретроактивности (осим за кривичне законе); она је прописана у чл. 2 *Code civil*-а[13] и генерално се примењује и на пореске законе који, пак, могу да одступе од ове забране, јер „ниједан принцип или норма на нивоу Устава не забрањује да нека пореска одредба има ретроактиван карактер“.[14] Последњих деценија, међутим, Уставни савет (фр. *Conseil constitutionnel*) разрадио је доктрину по којој је повратно дејство допуштено само ако постоји општи интерес, заснивајући аргументацију на недопуштености нарушавања „на праву стечене позиције“ (фр. *situation légalement acquise*).[15] У посткомунистичким уставима Мађарске[16] и Пољске[17] такође се не налазе одредбе о забрани ретроактивности, али су, у условима изузетне осетљивости правничке и шире јавности према

9 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

10 Чл. 103, ст. 2 Устава Немачке (*http://www.gesetze im internet.de/englisch gg/ englisch gg. html#p0568*, 6.2.2015) предвиђа да се за неко дело може казнити само ако је било дефинисано као кривично дело пре него што је почињено, али се ова забрана не може аналогијом применити на терену пореског права, осим што важи за пореско казнено право. Вид. Klaus Tipke, *Die Steuerrechtsordnung*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2000, 147.

11 Вид. Victor Thuronyi, *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, The Hague 2003, 79 80.

12 Constitution of the French Republic, *http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ en/fr/ fr076en. pdf*, 6.2.2015.

13 Code civil. Version consolidée au 22 décembre 2014, *http://www.legifrance. gouv.fr/ affichCode.do?cidTexte LEGITEXT000006070721*, 10.2.2015.

14 Вид. Cons. const. no. 84 184 DC, 29 décembre 1985, *Loi de finances pour 1985*.

15 Emmanuel de Crouy Chanel, „National Report: France“, *Retroactivity of Tax Legislation* (eds. Hans Gribnau, Melvin Pauwels), EATLP International Tax Series, Volume 9, 2013, 232.

16 The Fundamental Law of Hungary, *http://www.kormany.hu/download/e/02/ 00000/ The%20New%20Fundamental%20Law%20of%20Hungary.pdf*, 6.2.2015.

17 The Constitution of the Republic of Poland, *http://www.sejm.gov.pl/prawo/ konst/angielski/ kon1.htm*, 6.2.2015.

„револуционарној правди", примењиваној у периоду комунизма, па и путем закона с повратном снагом, уставни судови у овим двема државама, полазећи од принципа владавине права (који обухвата и начело правне сигурности), заузели став да ретроактивност ни под којим условима (осим, изузетно, уколико пружа погодности пореском обвезнику) није допуштена.[18] Међутим, у САД не само да Устав не садржи забрану ретроактивности, него је и Врховни суд сматра допуштеном ако је „рационално повезана са легитимним законодавчевим циљем".[19]

Забрана ретроактивности односи се на законе који су отежавајући, а не повољнији по пореског обвезника. У правним системима у којима постоји начелна забрана ретроактивности неће се покренути поступак оцене уставности одредбе чији је учинак ретроактиван, када је она повољнија за обвезника; штавише, у тим случајевима није нужно да се при доношењу закона утврди општи интерес да норма може имати повратно дејство, управо због тога што је општи интерес садржан у томе да се, кроз нижу пореску стопу или нову пореску олакшицу, пореским обвезницима ретроактивно обезбеди повољнији порески третман. Примера ради, одредба чл. 1 Закона о изменама и допунама Закона о порезу на добит корпорација,[20] којом је била уведена јединствена пореска стопа од 30%, уместо раније две (од 40% и 30%), примењивала се од 1.1.1994, иако је Закон ступио на снагу 8.3.1994. С друге стране, иако се пореска обавеза утврђује на основу прописа који је био на снази у време њеног настанка, општи интерес је наложио да се одредбе чл. 21–26 Закона о порезима на употребу, држање и ношење добара, које уређују обавезу плаћања пореза на регистровано оружје, примене ретроактивно, од 1.1.2001, иако је Закон ступио на снагу 28.4.2001.[21]

3. РЕТРОАКТИВНОСТ И РЕТРОСПЕКТИВНОСТ ЗАКОНА ПОЈМОВНО РАЗГРАНИЧЕЊЕ

Сложена временска конструкција опорезивог догађаја делимично објашњава због чега се у упоредном пореском праву јављају

[18] Упор. Daniel Deak, „National Report: Hungary", *Retroactivity of Tax Legislation* (eds. H. Gribnau, M. Pauwels), EATLP International Tax Series, Volume 9, 2013, 291; Piotr Karwat, „National Report: Poland", *Retroactivity of Tax Legislation* (eds. H. Gribnau, M. Pauwels), EATLP International Tax Series, Volume 9, 2013, 339.

[19] *United States v. Carlton*, 512 U. S. Supreme Court 26, 35 (1994). Упор. Erika K. Lunder, Robert Meltz, Kenneth R. Thomas, *Constitutionality of Retroactive Tax Legislation*, Congressional Research Service, October 25, 2012, 2 3.

[20] *Службени гласник РС*, бр. 19/94.

[21] *Службени гласник РС*, бр. 26/01.

разлике у утврђивању колизионог правила за разрешење интертемпоралног сукоба закона. Због тога се у делу литературе, као и у појединим националним законодавствима и пракси судова, прави разлика између праве ретроактивности (нем. *echte Rückwirkung*) и ретроспективности, која се назива и псеудоретроактивношћу (нем. *unechte Rückwirkung*). О (не)разликовању између ретроактивног и ретроспективног („непосредног“) дејства новог закона у уставносудској пракси бивше СФРЈ писао је Перовић,[22] указујући, с ослонцем на Рубијеа (*Paul Roubier*),[23] на дистинкцију између свршених факата (лат. *facta praeteria*) и факата у току (лат. *facta pendentia*), где ће, код ових других, „правна дејства која се ситуирају после ступања на снагу новог закона бити регулисана тим законом, према принципу непосредног дејства новог закона“.[24]

У складу са ставом Европског суда правде (даље: *ЕСП*),[25] израз „права ретроактивност“ користи се за ситуацију у којој се закон примењује на опорезиви догађај који се десио пре него што је он донет,[26] при чему је могуће расправљати о моменту доношења, о чему ће доцније бити више речи. У српској уставносудској пракси својевремено је био заузет став да код увођења пореза на имовину уопште (па ни код увођења једнократног пореза на екстра доходак и екстра имовину стечене искоришћавањем посебних погодности) не може да се постави питање ретроактивности, пошто се та врста пореза увек односи на имовину која постоји у време опорезивања, а по природи ствари је раније стечена, као резултат акумулације дохотка из претходног периода.[27] Израз „ретроспективност“ користи се за случај када се закон примењује на будуће последице опорезивог догађаја који се десио пре његовог доношења, и то без прелазног решења (енг. *grandfathering*) за постојећу ситуацију.[28] Примера ради, *ретроактивна* (у смислу праве ретроактивности) је норма чл. 2 Закона о једнократном порезу на екстра доходак и екстра имовину стечене искоришћавањем посебних погодности (даље: *Закон о једнократном порезу*),[29] који је ступио на снагу 28.6.2001, а

[22] Слободан Перовић, *Ретроактивност закона и других општих аката. Теорија сукоба закона у времену*, Научна књига, Београд 1987, 214 225.

[23] Paul Roubier, *Le droit transitoire*, Dalloz et Sirey, Paris 1960.

[24] С. Перовић, 145.

[25] ECJ, Case C 376/02 (*Stichting Goed Wonen*) [2005].

[26] Henry G. Schemmers, Denis F. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, Kluwer Law International, The Hague London, 2001, 78.

[27] Вид. Одлука Савезног уставног суда IУ бр. 148/01 до 7/02, од 14.2.2002, *Службени лист СРЈ*, бр. 17/02.

[28] Melvin R. T. Pauwels, „Retroactive Tax Legislation in view of Article 1 First Protocol ECHR“, *EC Tax Review* 6/2013a, 270.

[29] *Службени гласник РС*, бр. 36/01, 37/01, *Службени лист СРЈ*, бр. 17/02, *Службени гласник РС*, бр. 18/02 и 72/11.

која прописује опорезивање екстра дохотка, стеченог у периоду од 1.1.1989. искоришћавањем посебних погодности, утврђених тим законом, на основу којих је једном физичком или правном лицу дата могућност остваривања дохотка под условима који нису били доступни свим лицима. *Ретроспективна* је нпр. одредба чл. 2, ст. 4 Закона о изменама и допунама Закона о порезу на добит правних лица,[30] којом се укида право на одбитак од основице затезних камата између повезаних лица почев од 1.1.2013. (када је почела примена тог закона), која не садржи прелазно решење за трошак затезних камата по основу зајмова одобрених од стране повезаних поверилаца пре доношења овог закона, тако да се ни те затезне камате не могу више одбијати. Уставни суд Србије препознаје ретроспективни закон, за који истиче да нема повратно дејство, те да, отуда, није у несагласности с Уставом: тако је одредбом чл. 25 непореског Закона о регулисању јавног дуга СР Југославије по уговорима о девизним депозитима грађана ороченим код Дафимент банке а.д. Београд, у ликвидацији и по девизним средствима грађана положеним код Банке приватне привреде Црне Горе д.д. Подгорица само „утврђена динамика извршавања обавеза од дана његовог ступања на снагу па убудуће“, иако се подносилац иницијативе за оцену уставности позвао на ретроактивност, сматрајући да оспорени закон „уређује правне односе настале пре његовог ступања на снагу“.[31]

Ретроспективност може, међутим, бити праћена прелазном одредбом, којом се штите легитимна очекивања пореског обвезника, који није могао имати у виду закон који није био на снази у моменту када је планирао одређену радњу, чије правне последице тај закон делом уређује – од момента када је ступио на снагу па *pro futuro*, већ је рачунао на ефекте закона који је важио у моменту када је ту радњу предузимао. Примера ради, чл. 3 Закона о изменама и допунама Закона о порезу на добит правних лица,[32] чији чл. 1 укида порески кредит за улагања у основна средства у сопственом власништву, допушта обвезнику који је до дана почетка примене тог закона остварио право на тај порески подстицај да може да га користи до истека рока и на начин прописан раније важећом нормом.

У даљем тексту под термином „ретроактивност“ подразумеваће се само „права ретроактивност“, а за ситуацију када се закон примењује на будуће последице опорезивог догађаја који се десио пре његовог доношења (без прелазног решења) користиће се израз „ретроспективност“. Ове терминолошке напомене су значајне због ризика од концептуалног неразумевања, јер се у литератури, законодавству и јуриспруденцији на различитим језицима не само употребљавају раз-

30 *Службени гласник РС*, бр. 119/12.

31 Одлука Уставног суда IУ 260/2003, од 9.12.2010.

32 *Службени гласник РС*, бр. 108/13.

личити термини за означавање ретроактивности (поред праве ретроактивности, још и формална ретроактивност, апсолутна ретроактивност, ретроактивност *stricto sensu*, правна ретроактивност итд.), односно ретроспективности (псеудоретроактивност, материјална ретроактивност, релативна ретроактивност, *de facto* ретроактивност, економска ретроактивност итд.),[33] него се и на енглеском језику, савременом академском *lingua franca*, израз „ретроактивност" неуједначено користи – неретко обухватајући случајеве ретроспективности, али важи и *vice versa*,[34] при чему постоје и случајеви када се термин „ретроспективност" употребљава у ширем смислу тако да обухвата и ситуације које се, иначе, означавају као „ретроактивност *stricto sensu*".[35]

За одређивање темпоралног ефекта пореског закона важан је, пре свега, његов карактер – да ли је он материјалан или процесни закон. До сада су била анализирана темпорална дејства материјалних пореских закона: тренутни ефекат има материјални закон који се примењује на опорезиви догађај који се дешава после ступања закона на снагу.[36] Процесни порески закон с тренутним ефектом, међутим, непосредно се примењује на поступке који су у току на дан ступања закона на снагу – дакле, и на поступке који се односе на опорезиве догађаје који су се збили пре дана ступања процесног закона на снагу. У српском праву то постулира одредба чл. 5, ст. 3 ЗППА (начело временског важења пореских прописа), према којој су „радње у пореском поступку регулисане прописима који су на снази у време када се предузимају."

4. МОМЕНАТ КОМПАРАЦИЈЕ

Могућа су различита решења у погледу одређивања момента у односу на који се врши упоређивање, а да би се утврдило да ли

33 Упор. Hans Gribnau, Melvin Pauwels, „General Report", *Retroactivity of Tax Legislation* (eds. H. Gribnau, M. Pauwels), EATLP International Tax Series, Volume 9, 2013, 43 44.

34 Catherine S. Bobbett, „Retroactive or Retrospective? A Note on Terminology", *British Tax Review* 1/2006, 15 18.

35 Charles Sampford, *Retrospectivity and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford 2006, 17.

36 У српском праву, обавеза по основу пореза на имовину за календарске го дине које следе години у којој је настала пореска обавеза (нпр. када је купљен стан) утврђује се, изузетно, на основу закона који је на снази на дан 1. јануара календар ске године за коју се обавеза утврђује, без обзира на то што ће решење о утврђивању бити донето и достављено пореском обвезнику, по правилу, тек средином другог тромесечја. Вид. чл. 5, ст. 2 Закона о пореском поступку и пореској администрацији ЗППА, *Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02, ..., 105/14. Вид. Мишљење Мини старства финансија РС, бр. 430 00 00190/2014 04 îä 14.7.2014.

неки порески закон има ретроактиван ефекат: у питању је *моменат компарације*.[37] Опште је правило да се почетак важења закона рачуна од његовог ступања на снагу. Ступање на снагу се везује за претходно објављивање акта на прописани начин, како би се омогућило заинтересованим лицима да се упознају с његовом садржином. Поред тога, у правном поретку примењује се правило *ignoratio legis nocet*, које представља фикцију познавања закона и других прописа, како би се на тај начин обезбедила њихова примена и заштитило од приговора да некоме у конкретном случају није била позната одговарајућа одредба.[38] Између објављивања закона и почетка његовог важења оставља се један краћи период (тзв. *vacatio legis*), како би се и они који га примењују и они на које се примењује припремили за његово поштовање. У том смислу, Устав Србије (у чл. 196, ст. 4) прописује да закони, други прописи и општи акти ступају на снагу најраније осмог дана од дана објављивања, осим ако се из нарочито оправданих разлога, утврђених при њиховом доношењу, не предвиди да ступе на снагу раније. У бојазни да би порески обвезници могли злоупотребити *vacatio legis* како би (делимично или потпуно) избегли плаћање новоуведеног пореза, законодавац се неретко одлучује да се позове на „оправдане разлоге“ и да пропише да порески закон ступа на снагу наредног дана од дана објављивања.[39] Интересантно је поменути да је нпр. у Немачкој ступање на снагу увек везано за објављивање закона у службеном гласилу, а не за протек *vacatio legis*-а. Ако се законом предвиди да ће се нека његова одредба применити на пореску ситуацију насталу пре објављивања закона, закон би био ретроактиван.[40]

Најзад, могуће је да постоји неподударање између ступања на снагу пореског закона и дана почетка његове примене. Овај одложени почетак примене може се тицати само неке одредбе, а могуће је да се односи и на закон у целини.[41]

---

[37] H. Gribnau, M. Pauwels, 45.

[38] С. Перовић, 12.

[39] У српском пореском законодавству има доста таквих примера, нпр. Закон о акцизама, *Службени гласник РС*, бр. 22/01 ступио је на снагу наредног дана од дана објављивања у службеном гласилу, тј. 1.4.2001, и од тог дана почео да се примењује; Закон о изменама и допунама ЗПППА, *Службени гласник РС*, бр. 68/14 такође је ступио на снагу наредног дана од дана објављивања, 4.7.2014; итд.

[40] Johanna Hey, „National Report: Germany“, *Retroactivity of Tax Legislation* (eds. H. Gribnau, M. Pauwels), EATLP International Tax Series, Volume 9, 2013, 242.

[41] Тако је, нпр., Закон о порезу на добит предузећа, *Службени гласник РС*, бр. 25/01, ступио на снагу осмог дана од дана објављивања у службеном гласилу (тј. 26.4.2001), али се почео примењивати од 1.7.2001, осим члана 107 (који уређује висину затезне камате), који се примењивао од дана ступања на снагу Закона.

5. ОПОРЕЗИВИ ДОГАЂАЈ, ПОРЕСКИ ПЕРИОД И РЕТРОАКТИВНОСТ

За анализу је значајна улога пореског периода за разликовање између ретроактивности и ретроспективности. Наиме, поставља се питање да ли се порески закон донет у току пореског периода (нпр. 10.10.2014), који се примењује од почетка тог пореског периода (нпр. од 1.1.2014) може окарактерисати као ретроактиван. Одговор се пружа дуж два различита приступа. Први приступ би се могао назвати „концептом ретроактивности повезаним с опорезивим догађајем" и он нуди потврдан одговор на постављено питање: у неким државама (нпр. Мађарска, Пољска, Шведска и Холандија) полази се од тога да закон има повратно дејство ако је примењив на догађаје (трошкове, остварен приход, извршену трансакцију и др.) који су се збили пре ступања закона на снагу, односно пре његовог објављивања у службеном гласилу. Други приступ би се могао назвати „концептом ретроактивности повезаним са пореским периодом" и он нуди одречан одговор на постављено питање: у једном броју правних система (нпр. француском, немачком и шпанском) судови ће овакав порески закон сматрати ретроспективним, а не ретроактивним, јер се ово друго својство придаје само пореским законима који се примењују на порески период који претходи периоду у којем је закон донет. Основна идеја овог другог приступа је да пореска обавеза код периодичних пореза (тачније, пореза везаних за порески период) – попут глобалног пореза на доходак физичких лица или пореза на добит корпорација – настаје тек на крају периода, те да отуда порески случај није окончан до истека периода, што значи да закон донет пре истека пореског периода не може да се сматра ретроактивним зато што се примењује од почетка тог периода, него само ретроспективним.[42]

У српском праву заступљен је концепт ретроактивности повезан с опорезивим догађајем. На то упућује пракса Уставног суда, који је оценио да „чл. 2 Одлуке о увођењу самодоприноса на подручју месних заједница 'Горњи град' и 'Доњи град' општине Кула, која је ступила на снагу 1.4.2006. године, а који предвиђа почетак примене од 1.3.2006. године, није у сагласности с одредбом чл. 197, ст. 1 Устава, којом је утврђена забрана ретроактивне примене општих правних аката".[43] Како се самодопринос плаћа и на опорезиву добит од самосталне делатности, те у том делу представља фискалитет повезан с пореским периодом (календарском годином), то се, да се Уставни суд определио за концепт ретроактивности повезан с пореским пе-

42 H. Gribnau, M. Pauwels, 46.

43 Одлука Уставног суда IУо 529/2010, од 13.6.2012.

риодом, барем норме о самодоприносу наплаћеном на основицу коју чини опорезива добит од самосталне делатности остварена у марту 2006. године (тј. пре ступања на снагу оспорене одлуке) не би сматрале ретроактивним.

У немачком пореском праву, у којем судови примењују концепт ретроактивности повезан с пореским периодом, Савезни уставни суд резоновао је друкчије: „Правне последице одредаба Закона о порезу на доходак (на које је утицао оспорени Закон о порезу на иностране трансакције, који је ступио на снагу 12.9.1972, а примењивао се на доходак остварен од 1.1.1972 – *Д. П. и Г. И.-П.*), које уређују пореску обавезу за одређене приходе у погледу утврђеног пореза на доходак, увек настају с истеком пореског периода, ... тј. с истеком календарске године у којој су приходи остварени (јер се тада порез утврђује – *Д. П. и Г. И.-П.*). Само када норма која је ступила на снагу по истеку пореског периода накнадно мења за тај период пореско-правне последице које су оригинално биле на снази, суочавамо се с ретроактивном правном последицом. У свим осталим случајевима, у којима је измена закона ступила на снагу за време трајања пореског периода, ради се само о редефинисању правне последице која до тада није наступила“[44] – у питању је ретроспективност, која је, у начелу, у сагласности с Уставом. Тек од 2010. године, потврђујући да ретроспективност пореских закона у начелу није забрањена, *Bundesverfassungsgericht* признаје да, под одређеним околностима (одмеравање интереса јавне политике и индивидуалног интереса пореског обвезника[45]), поверење пореског обвезника треба да буде заштићено и у случају ретроспективне промене закона, што би разликовање између ретроактивности и ретроспективности у немачком праву могло да учини мање значајним.[46]

6. ОПРАВДАНОСТ РЕТРОАКТИВНОСТИ И РЕТРОСПЕКТИВНОСТИ ИЗ УГЛА РАДБРУХОВИХ ПРАВНИХ ПРИНЦИПА

Широко прихваћени принципи интертемпоралног права у пореском праву (забрана ретроактивности и допуштеност ретроспективности) могу се сместити у теоријски оквир, који формирају Радбрухове (*Gustav Radbruch*) вредности садржане у идеји права – правна сигурност, сврсисходност и једнакост, а уколико једна од њих

[44] BVerfGE 72, 2 BvL 2/83 vom 14.5.1986. Вид. *http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work new/german/case.php?id 573*, 9.12.2014.

[45] Вид. BVerfG, 2 BvL 14/02 vom 7.7.2010.

[46] J. Hey, 238, 240.

упућује на закључак различит од оног на који упућује друга, нужно је одмерити значај супротстављених начела.[47]

У оквирима Паувелсовог (*Melvin Pauwels*) приступа,[48] полазећи од принципа *правне сигурности*, констатујемо да забрана ретроактивности у савременој теорији има своје упориште у њему.[49] Фулер (*Lon L. Fuller*) је формулисао седам захтева који чине „унутрашњу моралност права“,[50] који, иако се односе на принцип законитости, представљају и аспекте правне сигурности.[51] То су: општост закона, објављивање закона, неретроактивност, разумљивост, непротивречност, спроводљивост и избегавање честих измена. Принцип поштовања легитимних очекивања изазваних законом може се придружити поменутим аспектима начела правне сигурности.[52] У светлу правне сигурности, закони не би требало да имају повратно дејство; само закон који је познат омогућава обвезницима да предвиде правне последице својих радњи, а ретроактиван закон нарушава очекивања створена законом који је био на снази у моменту када је радња извршена.[53]

Када је у питању ретроспективност (закон с непосредним ефектом без *grandfathering*-а), нови закон се примењује на све догађаје који се дешавају после његовог ступања на снагу, укључујући оне који су се догодили пре тог момента. Овде се отварају иста питања као и код ретроактивности, јер су оспорени познавање и предвидивост закона, утолико што је део правних последица обвезникове радње проистекао из закона који још није био на снази у моменту када је радња изведена и које обвезник зато није могао узети у обзир када је планирао ту радњу. Сем тога, нови закон нарушава очекивања која је по-

---

47 Густав Радбрух, *Филозофија права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1998, 77 82. За решавање конфликта између супротстављених принципа, упор. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London 1977, 26 27.

48 Melvin Pauwels, „Retroactive and Retrospective Tax Legislation: a Principle based Approach; a Theory of 'Priority Principles of Transitional Law' and 'the Method of the Catalogue of Circumstances',„ *Retroactivity of Tax Legislation* (eds. H. Gribnau, M. Pauwels), EATLP International Tax Series, Volume 9, 2013b, 100 104.

49 Упор. С. Перовић, 115 и даље.

50 Лон Л. Фулер, *Моралност права*, Правни факултет Универзитета у Београ ду, Београд 2001, 55 56. Упор. Juan Vega Gómez, „Retroactive Application of Laws and the Rule of Law“, *Law, Liberty, and the Rule of Law* (ed. by Imer B. Flores, Kenneth E. Himma), Springer Science and Business Media, Dordrecht 2013, 182 183.

51 Hans Gribnau, „Equality, Legal Certainty and Tax Legislation in the Netherlands Fundamental Legal Principles as Checks on Legislative Power: A Case Study“, *Utrecht Law Review* 2/2013, 70.

52 K. Tipke, 147.

53 M. Pauwels (2013b), 101.

рески обвезник формирао на бази закона који се примењивао када је радња предузета (нпр. дужник је рачунао да ће приликом закључења уговора о зајму с повериоцем–повезаним лицем моћи да одбија трошак камата све док зајам не буде враћен, а то право губи ступањем на снагу новог закона, који *pro futuro* укида право на одбитак тих камата). Отуда, принцип правне сигурности пружа аргументе и против ретроспективности, што указује да из његове перспективе нема стриктне разлике између ретроспективности и ретроактивности, већ да је разликовање само поступно.[54] Тај принцип налаже примену прелазних одредаба да би се избегла ретроспективност.

У контексту *сврсисходности (циља закона)*, можемо констатовати да се циљ ретроспективног закона праћеног прелазном одредбом не остварује у погледу односа заштићених *grandfathering*-ом, што доводи до социјалних трошкова и смањивања користи које је закон требало да донесе. Примера ради, ако је циљ укидања пореског ослобођења у трајању од пет година за обвезника пореза на добит правних лица, који обавља делатност у недовољно развијеном подручју и који уложи у своја основна средства, односно у чија основна средства друго лице уложи више од 8.000.000 динара, уз то запосливши на неодређено време најмање пет лица, био да се спречи ерозија прихода од овог пореза, посебно у светлу инхерентних слабости које ова врста подстицаја има,[55] а прелазна норма обвезнику, који је до ступања на снагу закона којим је укинуто ослобођење остварио право на овај порески подстицај и исказао податке у пореском билансу, омогућује да то право користи до истека рока од пет година,[56] онда нови закон не може да оствари поменути циљ у погледу ситуација заштићених прелазном нормом. Закључак је да би из перспективе циља закона нови закон требало да има непосредно дејство, без прелазних одредаба.

У погледу ретроактивности, гледано с аспекта циља закона, не појављују се аргументи њој у прилог: обвезници планирају своје пословне и инвестиционе подухвате на основу закона који је на снази у моменту када су предузели одређену радњу; свака ретроактивна примена новог закона нарушава њихове планове и очекивања.[57] Ипак, у одређеним случајевима ретроактивност може бити у функцији

[54] *Ibid.*, 101 102.

[55] Упор. Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 392 393.

[56] Чл. 53 Закона о изменама и допунама Закона о порезу на добит правних лица, *Службени гласник РС*, бр. 119/12.

[57] Вид. Frans Vanistendael, Legal Framework for Taxation, *„Tax Law Design and Drafting“* (ed. Victor Thuronyi), Vol. 1, International Monetary Fund, Washington D.C. 1996, 24.

остваривања циља закона, и то када се новим законом жели уклонити „рупа у пропису“ која је постојала у ранијем закону. На пример, језичко тумачење норме указује да је начињен законодавни пропуст када је дозвољено сваком послодавцу који започне обављање делатности после 31.3.2014. да оствари рефакцију у износу од 65%, 70% или 75% плаћених пореза и доприноса за обавезно социјално осигурање на зараде новозапослених лица,[58] јер се није водило рачуна о околности када са њиме повезано лице отпушта запослене, и то у већем броју него што је послодавац запослио до тада незапослена лица. Ако би законодавац одлучио да изменом ЗПДГ овај пропуст исправи, циљ закона би нудио аргуменат у прилог ретроактивности.

У контексту принципа *једнакости*, чињенице које *ratione materiae* спадају у опсег новог закона и чињенице које се дешавају у истом периоду једнаке су; из тога би произашао закључак да је постојање прелазних одредаба у супротности с овим принципом, јер *grandfathering* води неједнаком третману ове две врсте чињеница. Нови закон се, наиме, не примењује на неке чињенице које се дешавају после његовог ступања на снагу, а које би *ratione materiae* требало да се нађу у његовом опсегу[59] (нпр. због прелазне законске одредбе,[60] добит пореског обвезника који је 2012. године извршио по ранијем закону квалификовано улагање у основна средства и стекао право на петогодишње пореско ослобођење неће бити опорезована у 2013. и у наредне четири године, а добит пореског обвезника који је исто такво улагање извршио у 2013. години подлеже порезу). Отуда, ретроспективност би била у складу с принципом једнакости. Када је реч о ретроактивности, аргументи су неконклузивни: у основи лежи идеја да повратно дејство подразумева да су неједнаки случајеви третирани једнако (чињенице пре ступања новог закона на снагу имају исти третман као и чињенице настале после тог момента), али овај аргуменат лежи на терену принципа правне сигурности, па овако схваћен принцип једнакости не пружа аргументе ни *pro*, ни *contra* ретроактивности.[61]

Да резимирамо. У погледу *ретроактивности*, принцип правне сигурности даје аргументе против, принцип сврсисходности допушта да се могу појавити разлози њој у прилог, а принцип једнакости не даје аргументе ни за ни против. У погледу *ретроспективности*, принцип правне сигурности даје аргументе против (тј. у прилог прелазним одредбама), док принцип сврсисходности и принцип једнакости говоре њој у прилог (тј. против су прелазних одредаба).

58 Чл. 21в, ст. 5 Закона о порезу на доходак грађана ЗПДГ, *Службени гласник РС*, бр. 24/01, 80/02, ..., 68/14.

59 M. Pauwels (2013b), 103 104.

60 Вид. фн. 56.

61 M. Pauwels (2013b), 104.

Можемо да закључимо да сваки Радбрухов принцип има одређен утицај на принципе интертемпоралног права. Неретроактивност значи да је приоритет дат принципу правне сигурности, а ретроспективност да је дат принципима сврсисходности и једнакости.[62]

С друге стране, Паувелс исправно запажа да су неретроактивност и ретроспективност *принципи* интертемпоралног права, а не његова *правила*: оне упућују на правац, а не диктирају га.[63] У законодавном поступку могу се појавити и други принципи који ће бити узети у обзир приликом формулисања интертемпоралног правила, нпр. концепт легитимних очекивања.[64] На пример, ако се сматра да порески обвезници немају легитимна очекивања у погледу одређеног закона, закону се може дати повратно дејство, чиме се принцип правне сигурности ставља у други план. Српски законодавац је указао да постоји општи интерес, утврђен у поступку доношења Закона о једнократном порезу да одредбе о опорезивању екстра дохотка имају повратно дејство, како би се ублажиле, односно отклониле велике неправичности настале у расподели дохотка, стицаног искоришћавањем посебних погодности, доступних само припадницима Милошевићеве номенклатуре,[65] па је, позивајући се на искоришћавање таквих погодности, оспорио легитимност очекивања обвезника пореза на екстра доходак да неће бити опорезовани ретроактивно. Међутим, инвеститор који је уложио најмање 8.000.000 динара у основна средства ангажована у недовољно развијеном подручју и запослио најмање пет лица, имао је легитимна очекивања да ће уживати у пореском ослобођењу пет година, па је прелазна одредба која спречава ретроспективност прихватљива; то не важи за правно лице – дужника, који је, да би умањио основицу пореза на добит, повериоцу – повезаном лицу плаћао камату по стопи вишој од оне „ван дохвата руке", те је непосредно дејство закона, без *grandfathering*-а, легитимно интертемпорално правило.

7. СТАВ ЕСЉП ПРЕМА РЕТРОАКТИВНОСТИ ПОРЕСКИХ ЗАКОНА

Остаје питање да ли би ретроактиван порески закон био подржан од стране ЕСЉП. Србија и Црна Гора је ратификовала ЕКЉП,

[62] Упор. Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford 1986, 321 и даље.

[63] M. Pauwels (2013b), 105.

[64] Упор. *ibid.*, 105 115.

[65] Одлука Савезног уставног суда IУ бр. 148/01 до 7/02, од 14.2.2002, *Службени лист СРЈ*, бр. 17/02.

чиме је она постала саставни део правног система Србије, па је тако правно мишљење ЕСЉП постало правно релевантно за српског законодавца. Одредба чл. 1 Протокола бр. 1 уз ЕКЉП о праву на неометано уживање имовине ни на који начин не утиче на право државе да примењује законе које сматра неопходним да би контролисала коришћење имовине у складу с општим интересом или да би обезбедила наплату пореза, других дажбина или казни. Ако лице тврди да одређена мера повређује ово његово право, битно је утврдити да ли се утицајем оспораване мере постиже „правична равнотежа" између општег интереса заједнице и захтева заштите појединчевих основних права (тзв. тест пропорционалности).

У случају *М. А.*[66] фински законодавац је изменио порески закон тако да је добитак од повећања вредности акција које је запослени добио од послодавца почео да се сматра приходом из радног односа, а не више приходом од капитала, који је блаже опорезован. Измена закона објављена је 31.12.1994, али је прописано да има ретроактиван ефекат почев од 16.9.1994, како би се омеле намере једног броја компанија да се опције искористе пре ступања на снагу најављених новела. Подносиоци представке су своје опције реализовали продавши акције 7.11.1994.

Испитујући тест пропорционалности, ЕСЉП је формулисао неколико закључака. Први закључак је да порески закон примењен ретроактивно не представља *per se* повреду чл. 1 Протокола бр. 1. Други закључак односи се само на случајеве када подносиоци представке још нису покренули аранжмане са циљем да избегну најављени строжи порески третман: опорезивање по значајно вишој стопи од оне на снази на дан када је извршена опција могло би се сматрати неразумним утицањем на очекивања заштићена чл. 1 Протокола бр. 1. Трећи закључак казује да од *разлога за ретроактивност* и од *утицаја ретроактивног закона* на позицију подносилаца представке зависи да ли је ретроактивна примена компатибилна са чл. 1 Протокола бр. 1. У погледу разлога за ретроактивност, ЕСЉП их је у случају *М. А.* прихватио, сматрајући да се законодавчева процена (супротстављање законитој пореској евазији и једнак третман обвезника који су покушали да избегну најављену меру и оних који нису) не може сматрати неразумном.[67] У погледу утицаја ретроактивности, Суд је закључио да закон није довео до конфискаторног опорезивања, нити је такве природе да би му се могао порећи карактер пореског закона. Упркос значајним финансијским последицама по подносиоце представке, за ову меру се не може рећи да им је на-

[66] Вид. ECtHR (Decision) 10 June 2003, no. 27793/95, *M. A. and 34 Others v. Finland*.

[67] Упор. M. R. T. Pauwels (2013a), 277.

метнула претерани терет, имајући у виду пореску стопу и чињеницу да је порез био заснован на стварним добицима од продаје акција. Све у свему, оспорена ретроактивна норма положила је тест пропорционалности.

8. ЗАКЉУЧАК

Иако супротна принципу правне сигурности, у светлу принципа сврсисходности ретроактивност закона налази своје, релативно уско, поље примене у пореском праву. Она се у упоредном праву понекад правда потребом отклањања техничких грешака у закону, спречавањем ефеката унапред најављене пореске мере, јавним интересом или, пак, доношењем тзв. интерпретативних закона с циљем појашњења нејасноћа у постојећем закону. Ретка су национална права која забрањују ретроактивност пореских закона *sine exceptione*. Распрострањенија је примена ретроспективних пореских закона (без прелазних одредаба), која је компатибилна с принципом заштите легитимних очекивања једино када је неопходна да би се остварио циљ закона и када су, путем одмеравања важности промене закона, установљени разлози који оправдавају границе њене прихватљивости.

Dr Dejan Popović

Full professor
University of Belgrade Faculty of Law

Dr Gordana Ilić-Popov

Full professor
University of Belgrade Faculty of Law

RETROACTIVITY OF STATUTES IN TAX LAW

Summary

As a rule, in comparative tax law statutes do not have a retroactive effect. This principle may be either postulated in constitutions or derived by constitutional courts from the principle of legal certainty. The issue of retroactivity cannot be raised in the case of imposition of a property tax, since its taxable object *per definitionem* is property representing the result

of the accumulation of unspent income realised in previous periods. Indeed, retroactivity is allowed in many legal systems subject to some strict conditions. The authors distinguish between retroactivity and retrospectivity, the latter being in principle permissible and denoting cases where a statute is applicable without grandfathering to the future consequences of a taxable event that occurred before its enacting.

Analyzing the impact of Radbruch's values contained in the idea of law (legal certainty, purposiveness and equality) on the principles of intertemporal law, the authors conclude that the prohibition of retroactivity implies the primacy of the principle of legal certainty, while retrospectivity puts in the foreground the principles of purposiveness and equality. The European Court of Human Rights considers that retroactive application of a tax statute does not represent *per se* a violation of the right to peaceful enjoyment of property. However, the Court developed conditions that, being unfulfilled, qualify the application as disproportionate. Since Serbia and Montenegro ratified the European Convention on Human Rights, ECtHR's positions are relevant for Serbia's legislator.

Key words: *Intertemporal rules. – Tax statute. – Retroactivity. – Retrospectivity. – Entry into force.*

УДК 330.342.146; 316.344.2

CERIF: S180

Др Борис Беговић*

О ЕКОНОМСКОЈ НЕЈЕДНАКОСТИ И ДРУШТВЕНОМ БЛАГОСТАЊУ**

Циљ рада је да истражи однос између економске неједнакости и друштвеног благостања, полазећи од претпоставке да смер узрочно последичне везе иде од економске неједнакости ка друштвеном благостању. Стандардни концептуални оквир економске науке обогаћен је интерперсоналном функцијом индивидуалног благостања, како би се сагледали ефекти економске неједнакости на ниво друштвеног благостања. Показало се да не може да се дође до једнозначног теоријског налаза, већ да разлике у преференцијама појединаца у овом погледу треба да се емпиријски истраже. Анализа последица неједнакости на привредни раст, што значи динамику друштвеног благостања, показала је да постоје бројни механизми узрочно последичне везе с противречним смером дејства. Најзначајнији механизам којим економска неједнакост убрзава привредни раст јесте повећање стопе штедње и инвестиција, док је најзначајнији механизам којим га успорава онај који умањује инвестиције у људски капитал. Стога се не може донети једнозначан теоријски закључак ни у овом погледу. Ипак, савремена теорија привредног раста показала је да је за раст, па тиме и увећање друштвеног благостања најопаснија неједнакост третмана, која се своди на неравноправност, будући да се таква неједнакост условљава знатну алокативну неефикасност.

Кључне речи: *Економска неједнакост. Друштвено благостање. Привредни раст. Интерперсонална функција благостања. Инвестиције*.

---

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *begovic@ius.bg.ac.rs*

** Захваљујем се Мирољубу Лабусу и Бошку Мијатовићу на коментарима и корисним сугестијама. Наравно, нико од њих не сноси никакву одговорност за евентуалне преостале грешке и изнете вредносне судове.

1. УВОД

За разлику од многих других економских феномена, економска неједнакост привлачи пажњу далеко ширег круга људи од оног који чине посленици економске науке. Ништа неочекивано. Економска неједнакост има значајне политичке, па чак идеолошке конотације, многи је препознају као универзални узрок свих (економских) невоља у које људи западају, веома често се присилна прерасподела од богатих ка сиромашнима посматра као универзални лек, не само за постизање друштвене правде, него и за искорењивање сиромаштва, па стога не чуди такво интересовање шире јавности. А још када се појави нека популарна књига у великом тиражу, која, уз јасну формулисану (мада не неминовно добро образложену) оптужницу, економску неједнакост ставља на оптуженичку клупу, попут недавно објављене Пикетијеве књиге,[1] шира јавност препушта се разматрању економске неједнакости исто онако како то чини у случају неких уобичајених помодарских тема.

Имајући све то на уму, основни мотив за писање овог рада јесте жеља да питање економске неједнакости врати на терен коме она заиста припада, а то је, пре свега, економска наука. Сходно томе, циљ овог рада јесте да истражи однос између економске неједнакости и друштвеног благостања, полазећи од претпоставке да смер узрочно-последичне везе иде од економске неједнакости ка друштвеном благостању. При томе се економска неједнакост (у даљем тексту само неједнакост) у овом раду посматра искључиво као неједнакост исхода – разматрају се разлике у нивоу индивидуалног благостања између појединаца који чине посматрано друштво, независно од тога какав је процес који доводи до тог исхода. Имајући то на уму, расподела дохотка, односно богатства, није, сама по себи, предмет овог рада, већ се посматра искључиво у функцији расподеле индивидуалног благостања.

Наведени циљ условљава и структуру рада. Прво се разматрају основне концепције о којима се расправља, а то су неједнакост, функција корисности појединца, односно функција његовог индивидуалног благостања и функција друштвеног благостања. Потом се анализирају последице неједнакости на ниво друштвеног благостања – компаративна статика расподеле индивидуалног благостања, која, по дефиницији, искључује временску димензију. Коначно, разматрају се последице неједнакости на динамику друштвеног благостања, на њену промену у времену, и то тако што се анализирају ефекти неједнакости на привредни раст.

[1] Thomas Piketty, *Le capital au XXI^e siècle*, Éditions du Seuil, Paris 2013. На српски преведено као: Тома Пикети, *Капитал у XXI веку*, Академска књига, Нови Сад 2015.

2. ФУНКЦИЈА ДРУШТВЕНОГ БЛАГОСТАЊА

Разматрање друштвеног благостања подразумева анализу функције корисности појединца, која се у овом раду поистовећује с функцијом његовог индивидуалног благостања. Ниво индивидуалног благостања није ништа друго до ниво корисности коју ужива појединац (који чини посматрано друштво) у процесу потрошње свега из чега појединац може да црпе корисност.[2] Сходно томе:

$$w = f(x_1, x_2, x_3, ..., x_k, G) \quad (1)$$

што значи да постоји функционална веза између нивоа индивидуалног благостања (w), потрошње различитих врста приватних добара (x_j, $j = 1, 2, 3, ..., \kappa$) и потрошње јавног добра (G), на пример правног поретка. Претпоставља се да повећање потрошње било ког од наведених добара доводи до увећања нивоа благостања – први парцијални извод нивоа индивидуалног благостања по сваком аргументу ове функције већи је од нуле.

Претпоставља се да друштвено благостање зависи искључиво од индивидуалног благостања појединаца који сачињавају посматрано друштво и ни од чега другог. Овакав приступ друштвеном благостању означава се као велферизам и за њега у савременој економској науци не постоји алтернатива.[3] То значи да се функција друштвеног благостања (W) може у општем облику исказати као:

$$w = f(w_1, w_2, w_3, ... w_n) \quad (2)$$

при чему w_i представља индивидуално благостање појединца i (i = 1, 2, 3, ..., n), а друштво чини n појединаца.[4]

---

[2] Појединац, на пример, може да има снажно развијено осећање за правду, што значи да ће задовољење правде, на пример одговарајуће кажњавање преступника, представљати аргумент функције његовог индивидуалног благостања. Другим речима, „праведност“, ма како она била дефинисана, да би била релевантна за ово разматрање, мора да буде аргумент функције индивидуалног благостања. Вид. Louis Kaplow, Steven Shavell, „Fairness versus welfare: Notes on the Pareto principle, preferences, and distributive justice“, *Journal of Legal Studies*, Vol. 32, 2003, 331 362.

[3] Овакав приступ су применили пионири разматрања функције друштвеног благостања Бергсон (*Abram Bergson*) и Сцитовски (*Tibor Scitovsky*), и он досад није оспорен. Вид. Per Olov Johansson, *An Introduction to Modern Welfare Economics*, Cambridge University Press, Cambrdge 1991.

[4] У некима од раних радова из области економске анализе криминала појавила се идеја да функција индивидуалног благостања преступника, па тиме и корисност коју преступник црпи из чињења кривичног дела, не треба да уђе у функцију друштвеног благостања. Ипак, таква лутања, без обзира на то од каквих ауторитета су долазила (попут нобеловца Џорџа Стиглера), брзо су окончана. Вид. Борис Беговић, „Економска теорија генералне превенције“, *Crimen часопис за кривичне науке*, година I, 2010, 50 65.

Израз (2) представља општи облик функције друштвеног благостања. Њен конкретан облик отелотворује одређени вредносни суд о расподели благостања између појединаца, па тиме и о својеврсној специфичној тежини сваког појединца и његовог индивидуалног благостања. Уколико се индивидуалном благостању сваког појединца придаје подједнака специфична тежина, онда се функција друштвеног благостања своди на суму индивидуалних:

$$w = \sum_{i=1}^{n} w_i \qquad (3)$$

а овај облик назива се утилитаристичка функција друштвеног благостања и представља стандардни функционални облик којим се служи економска теорија. За економску науку, дакле, друштвено благостање представља суму индивидуалних благостања. Сходно томе, пожељне су промене које доводе до увећања суме индивидуалних благостања.

Из другог угла посматрано, свако побољшање у складу с Паретовим критеријумом (побољшање које доводи до пораста благостања макар једног појединца, а не узрокује умањење благостања ниједног другог појединца) неминовно је у складу са критеријумом пожељности заснованом на увећању друштвеног благостања дефинисаног на основу његове утилитаристичке функције. Ово се односи и на побољшање које задовољава Хикс-Калдоров критеријум, тј. побољшање које доводи до пораста благостања једног или више појединца које је веће него што је губитак благостања свих оних појединаца којима се оно умањило.

Утилитаристичка функција друштвеног благостања, исто као и Паретов критеријум, уопште не води рачуна чије се благостање увећава – за оба критеријума то је ирелевантно. Насупрот томе, тзв. максимин функција друштвеног благостања, која се заснива на Ролсовој теорији друштвене правде и одговарајућем критеријуму пожељности промене, усредсређује се искључиво на оног појединца у друштву чији је ниво благостања најнижи у поређењу са осталима – на најсиромашнијег појединца.[5] Побољшање у складу са Ролсовим критеријумом представља она промена која доводи до пораста благостања најсиромашнијег појединца у друштву, независно од тога шта се дешава с нивоом благостања свих осталих појединаца. Другим речима, са становишта Ролсовог критеријума, неједнакост и њена промена саме по себи су ирелевантне. Једноставно, није

[5] Вид. John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1971. Узгред, једноставности ради, претпоставља се да је индивидуално благостање најсиромашнијег појединца у друштву најниже, иако то неминовно не мора да буде, будући да постоји пуна слобода појединаца у избору аргумената сопствене функције индивидуалног благостања. Богатство, односно потрошња заснована на богатству може да чини само један део аргумената те врсте.

важно колика је неједнакост – битно је само колико је благостање најсиромашнијег. Промена која је у складу с Ролсовим критеријумом може да доведе до пораста неједнакости, а промена која доводи до умањења неједнакости може да умањи ниво друштвеног благостања према истом овом критеријуму.[6]

Без обзира на то која се од ове две концепције друштвене правде прихвати, извесно је да неједнакост расподеле индивидуалног благостања не доводи, односно не мора да доведе до промене друштвеног благостања. У случају утилитаристичке функције друштвеног благостања, расподела индивидуалног благостања, ма колико била неједнака, нема никаквог ефекта на друштвено благостање. Такође, према Паретовим критеријуму, побољшање, исто као и оптималност, може да се постигне при било којој расподели индивидуалног благостања, од егалитарне до оне високог степена неједнакости. Побољшање у смислу Паретовог критеријума може да увећа или да умањи економску неједнакост – не постоји никаква регуларност на том плану, будући да за испуњење овог критеријума није битно чије се индивидуално благостање увећава.[7]

Но, независно од овог налаза, потребно је указати на то да чак и уколико се прихвати утилитаристичка функција друштвеног благостања, прерасподела богатства од богатих ка сиромашнима може да доведе до увећања друштвеног благостања, уколико се претпостави опадајућа гранична корисности новца сваког појединца, и то при сваком нивоу богатства, имајући на уму да гранична корисност новца може да варира у зависности од богатства. У таквим условима умањење богатства богатих доводи до мањег губитка њиховог индивидуалног благостања у поређењу с увећањем индивидуалног благостања сиромашних до којег долази прерасподелом тог богатства. Другим речима, посреди је промена која је у складу са Хикс-Калдоровим критеријумом (умањење благостања оних који су га изгубили мање је од увећање благостања оних који су га добили), па стога оваква промена доводи до пораста друштвеног благостања при његовој утилитаристичкој функцији.[8]

---

6 Једино уколико се претпостави да је сума благостања дата и да друштво чине два појединца, промена која је у складу с Ролсовим критеријумом неминовно значи и смањење неједнакости.

7 Фелдстеин (*Martin Feldstein*) наводи хипотетички пример поклона свим учесницима годишње скупштине Америчког удружења економиста (*American Economic Association*) од 1.000 USD. Увећава се неједнакост, будући да чланови AEA спадају међу имућније Американце, али се увећава и благостање друштва, будући да је наведена хипотетичка промена побољшање у смислу Паретовог критеријума. Вид. Martin Fledstein, „Income Inequality and Poverty“, *NBER Working Paper Series*, Working Paper 6770, National Bureau of Economic Research, Cambridge, Mass. 1998.

8 Занимљиво је да управо Фелдстеин, који се снажно залаже за примену Па ретовог критеријума при вредновању промена друштвеног благостања, наводи да

У случају максимин функције друштвеног благостања, прерасподела благостања од богатих ка сиромашним, што значи умањење неједнакости, доводи до увећања (апсолутног) нивоа благостања најсиромашнијег, па тиме и до повећања друштвеног благостања. Потребан услов за овај исход јесте непромењена сума индивидуалних благостања. У супротном, промена степена неједнакости није ни потребан ни довољан услов за промену друштвеног благостања – увећање друштвеног благостања може да се постигне и уз драстично увећање неједнакости. Једноставно, ова концепција уопште не познаје степен неједнакости као извор друштвеног благостања.

Очигледно је да управо исказани концептуални оквир економске науке условљава да неједнакост не представља фактор друштвеног благостања – њена промена не доводи до промене нивоа благостања. До такве промене може да дође једино уколико се прихвати максимин функција друштвеног благостања и то уз рестриктивне претпоставке. У том смислу, стандардни концептуални оквир економске науке није погодан за сагледавање ефеката неједнакости на друштвено благостање. У њему је потребно нешто изменити.

3. ПОСЛЕДИЦЕ НЕЈЕДНАКОСТИ НА НИВО ДРУШТВЕНОГ БЛАГОСТАЊА

Методолошка новина која омогућава укључивање неједнакости у разматрање друштвеног благостања јесте тзв. интерперсонална функција индивидуалног благостања – онај функционални облик који омогућава међузависност тих функција између појединаца. То значи да су аргументи функције индивидуалног благостања, поред нивоа потрошње приватних и јавних добара, и нивои благостања других људи. Заговарање употребе овакве функције индивидуалног благостања заснива се на претпоставци да су преференције појединаца такве да ниво благостања других утиче на ниво сопственог благостања појединца. Формално посматрано:

$$w = f(x_1, x_2, x_3, \dots, x_k, w_1, w_2, \dots, w_{n-1}, G) \qquad (4)$$

Прво питање на које треба одговорити при коришћењу овог аналитичког оруђа јесте: који су то појединци чије индивидуално благостање чини аргумент функције индивидуалног благостања посматраног појединца? Први потребан, мада сам за себе не и довољан услов за то јесте да посматрани појединац располаже информацијом о нивоу индивидуалног благостања других појединаца. Стога, како

присилна прерасподела богатства од богатих ка сиромашнима може да доведе до прихватљиве промене друштвеног благостања. Вид. *ibid.*, 9.

наводи Милановић, индивидуално благостање Инка није било аргумент функције индивидуалног благостања Јапанаца у XV веку, и обрнуто, једноставно због тога што ни једни ни други нису располагали потребном информацијом.[9] Начелно посматрано, глобализација и њена информатичка компонента омогућавају задовољење овог потребног услова у већем броју случајева него некад.

Други услов, који без испуњености првог не може да буде испуњен, а представља довољан услов[10] да туђе благостање постане аргумент функције индивидуалног благостања, јесте да посматрани појединац друге појединце сматра себи равнима, својим премцима. Милановић наводи да је потребан услов за то да постоји одређена интеракција између та два појединца. Овакав услов, међутим, није баш јасно одређен. Да би га дефинисао, Милановић наводи пример хипотетичке конференције економиста (пандан скупу који је поменуо Фелдстеин) на којој само неки учесници добијају пун, високи хонорар за свој реферат, док други добијају занемарљив износ.[11] Да ли су сви учесници тог конгреса премци и да ли благостање свих њих међусобно улази у индивидуално благостање сваког учесника? Милановић сматра да је одговор потврдан, али би се ипак могло рећи да то зависи од структуре учесника. Уколико су неки од њих, на пример, нобеловци, мало је вероватно да би их други економисти на тој конференцији сматрали премцима и да свако, независно од тога да ли је нобеловац или није, треба да добије исти хонорар. Другим речима, уколико је то тако, хонорар нобеловаца и њихово индивидуално благостање условљено тим хонораром не би ушли у функцију индивидуалног благостања осталих учесника.

Питање које појединце неко сматра за своје премце очигледно је контроверзно и одговор на њега може се добити искључиво емпиријски, и то на индивидуалном нивоу. Додатна сазнања у овом погледу могу да произађу из одговора на друго кључно питање: како индивидуално благостање премаца утиче на благостање посматраног појединца? Раширено је мишљење да високи ниво, односно увећање благостања оних који су богатији од посматраног појединца доводи до умањења његовог благостања. Формално гледано, први парцијални извод индивидуалног благостања посматраног појединца по благостању оних који су богатији од њега мањи је од

---

9 Branko Milanovic, „Why we all care about inequality (buth are loath to admit it)", *Challenge*, Vol. 50 (6), 2007, 112.

10 Довољан услов само уколико су преференције појединца такве да благостање других утиче на ниво његовог индивидуалног благостања. Формално посматрано, да је први парцијални извод индивидуалног благостања по благостању других увек различит од нуле.

11 *Ibid.*, 114.

нуле. Једини прави термин за овај феномен јесте завист, мада се могу употребљавати и различити еуфемизми попут „осећање за (друштвену) правду" или „релативно лишавање".[12] Наравно, неприкосновено право сваког појединца јесте да осећа завист и нико нема право да се меша у његову функцију индивидуалног благостања, будући да је корисност субјективна категорија, али питање је да ли овакав однос према индивидуалном благостању дугих треба глорификовати и придавати му конотацију друштвене правде.

Насупрот томе, низак ниво, односно умањење благостања оних који су сиромашнији од посматраног појединца доводи до умањења његовог благостања. Формално гледано, први парцијални извод индивидуалног благостања посматраног појединца по благостању оних који су сиромашнији од њега већи је од нуле. У овом случају реч је о алтруизму, а само постојање многобројних добровољних организација за помоћ сиромашнима показује распрострањеност овог феномена, односно овакве функције индивидуалног благостања.

На аналитичком плану веома је значајно одговорити на питање да ли су преференције појединаца на овом плану такве да постојање једне врсте међузависности (завист, на пример) представља потребан услов за постојање друге врсте међузависности (алтруизам, на пример). Другим речима, да ли постоји искључиво континуална функција индивидуалног благостања у зависности од благостања других појединаца за све вредности благостања других, и то тако да први парцијални извод константно опада и узима нулту вредност при изједначавању благостања других са сопственим благостањем посматраног појединца? Укратко, да ли постоји симетрија или асиметрија? Да ли је завист потребан услов за алтруизам, или обрнуто, да ли је алтруизам потребан услов за завист?

Иако Милановић указује на постојање такве симетрије, па на основу тога доказује да оне које брине туђе (апсолутно) сиромаштво мора да брине и неједнакост, тешко је пронаћи било какав теоријски или логички аргумент у прилог овој тези. Треба допустити могућност да код неких људи постоји само завист, а код неких само алтруизам. Брига за сиромашне не мора да буде везана за завист. Стога се ствари у том погледу морају ипак разрешити на емпиријском плану.

---

[12] Сама чињеница да је дошло до умањења индивидуалног благостања по сматраног појединца због великог благостања других може да значи једино да би он с њима мењао место. Дакле, није реч неминовно о осуди начина који је довео до исхода као неправедног, већ само о исходу који није био повољан по онога који о том исходу суди. Узгред, израз релативно лишавање доминира у социолошкој ли тератури. Вид. Richard Wilkinson, Kate Picket, „The problem of relative deprivation: Why some societes do better than others", *Social Science & Medicine*, Vol. 65, 2007, 1965 1978.

Показало се да људи могу веома снажно да реагују на ниски ниво благостања других људи, на њихову невољу. Једноставно, управо је то садржај доброчинства, чињење добрих дела, што подразумева умањење сопственог богатства или доколице, а ради увећања благостања других. А то увећање потом, повратним дејством услед међузависности функција индивидуалних благостања, увећава и благостање доброчинитеља, тако да више него компензује пад његовог индивидуалног благостања услед губитка богатства или доколице.

Није реч само о сиромаштву као извору ниског нивоа благостања људи, већ је једноставно у питању људска невоља која може бити изазвана другим факторима, попут нечије болести или природних катастрофа. Велика средства као добровољни прилози за лечење девојчице Тијане Огњановић прикупљена су, између осталог, и због тога што су их давале и породице чије је богатство било ниже од богатства породице Огњановић. Такође, велики приватни добровољни прилози грађана Србије у случају цунамија у Јапану пример су да доброчинство не мора да буде ток од богатих ка сиромашним, већ је ка ономе који је у невољи. Медијански доходак у Јапану је на далеко вишем нивоу него у Србији, сиромашнији су помагали богатије, али је доброчинство било условљено невољом у којој су се нашли богати.

Извесно је да постоје две велике асиметрије у погледу зависти и алтруизма. Прва је што се алтруизам лако исказује. Нико никога не спречава да чини добра дела. Сваки појединац може да помаже сиромашне, односно оне чији је ниво благостања нижи, свако може да помогне сваком у невољи, за то нису потребне државна интервенција и њене присиле. Имајући на уму да се алтруизам лако исказује, лакше од зависти, можда су емпиријске потврде његове релативне снаге у односу на завист пристрасне. Наиме, завист се исказује само снажним политичким притиском ка прерасподели од богатих ка сиромашнима. И тада је аналитички готово немогуће разлучити да ли се неко ко се заузима за опорезивање богатих за то залаже да би се увећало његово индивидуално богатство путем трансфера или да би се умањило благостање богатих.

Друга асиметрија може да буде везана за разлику у погледу премаца. Када је реч о алтруизму, односно невољи, људи имају склоност да скоро сваког ко спада у људски род сврставају у свог премца, чиме се могу објаснити, на пример, огромне приватне донације у случају цунамија у југоисточној Азији, 2004. године, као и велике приватне донације најсиромашнијим земљама света, нарочито областима погођеним глађу. Насупрот томе, дефиниција премаца у случају зависти неминовно се сужава. Док неки хипотетички појединац у Србији

може да исказује завист према богатству домаћих тајкуна, вероватно је истовремено индиферентан према високом нивоу благостања америчких богаташа, чак и оних медијски истакнутих.

Веома је битно уочити да се целокупна досадашња анализа компаративне статике заснива на претпоставци да хипотетичка прерасподела благостања не доводи ни до какве дисторзије у погледу његовог стварања, тј. стварања богатства. Другим речима, богати и сиромашни понашају се на истоветан начин као да богатство није прерасподељено. Међутим, присилна прерасподела богатства и благостања доводи до снажне дисторзије подстицаја за његово стварање. О томе ће бити више речи у следећем одељку овог рада.

4. ПОСЛЕДИЦЕ НЕЈЕДНАКОСТИ НА ПОРАСТ ДРУШТВЕНОГ БЛАГОСТАЊА

Последице неједнакости на друштвено благостање најбоље се могу сагледати путем анализе њених ефеката на привредни раст, дакле на пораст друштвеног благостања. Зато је потребно испитати могуће механизме узрочно-последичне везе између неједнакости и привредног раста.

4.1. Увећање стопе штедње

Привредни раст се заснива на инвестицијама, а инвестиције се финансирају из штедње. Што је већа штедња, тј. што је виша њена стопа, виша је *ceteris paribus* стопа привредног раста. Будући да је установљена растућа гранична склоност ка штедњи, богати, по јединици дохотка, штеде више од сиромашних, тако да повећање економске неједнакости, односно концентрација дохотка на мањи број богатих, увећава просечну стопу штедње у посматраној привреди. Отуда велика неједнакост поспешује привредни раст.[13] При томе се избор инвестиционих, односно пословних подухвата који се реализују одвија на тржишту капитала, што омогућава да се финансирају економски најефикаснији пословни подухвати, независно од тога да ли је реч о подухватима богатих или сиромашних.

Примећују се два основна ограничења која умањују снагу дејства овог механизма узрочно-последичне везе. Прво се заснива на чињеници да штедња може да се увози, будући да постоји одређена мобилност капитала. Ипак, и даље постоје бројне препреке увозу

[13] Ово је резултат Калдоровог модела штедње као основног извора при вредног раста. Вид. Nicolas Kaldor, „Alternative theories of distribution", *Review of Economic Studies*, Vol. 23, 1965, 83 100.

штедње.[14] Друго ограничење везано је за напомену да финансијско посредовање није савршено, што се огледа у томе да економски ефикасни пословни подухвати сиромашних не могу, у потпуности или бар у великој мери, да буду обухваћени финансијским посредовањем, па се стога неминовно финансирају економски инфериорни пословни пројекти богатих, оних који се финансирају из сопствене штедње.[15]

У овом контексту, веома је битно да ли постоји систематска разлика између економске ефикасности пословних подухвата богатих и сиромашних. Уколико постоји, и то тако да су пословни подухвати сиромашних економски ефикаснији, са становишта привредног раста повољније је да се управо они финансирају, па се тиме, у условима слабог финансијског посредовања, може оправдати прерасподела од богатих ка сиромашнима. Таква регуларност објашњава се дејством закона о опадајућим приносима.[16] Међутим, опадајући приноси на нивоу појединачног предузетника (чак и уколико они постоје) нису довољан услов за закључак да су пословни подухвати сиромашних економски ефикаснији од оних које предузимају богати. Потребан услов за то јесте да, у условима у којима сваки предузетник може слободно да бира који ће пословни подухват да предузме, први (иницијални) пословни подухват буде исте ефикасности за све предузетнике. Тада би, будући да су богати неминовно реализовали више пословних подухвата него сиромашни (зато су и богати), односно да су ти подухвати веће вредности, пословни подухвати сиромашних неминовно били економски ефикаснији. У супротном, не може се донети једнозначан закључак у том погледу. Уколико постоји позитивна корелација између нивоа финансијског и људског капитала,[17] онда се може претпоставити да су богати обдаренији људским капиталом, па да су стога њихови пословни подухвати економски ефикаснији, чиме се, независно од квалитета финансијског посредовања, ојачава аргументација да је повећање економске неједнакости добро за привредни раст.

---

14 На то упућује и налаз о високој корелацији домаће стопе штедње и стопе инвестиција. Вид. Martin Feldstein, „Charles Horioka, Domestic savings and international capital flows“, *Economic Journal*, Vol. 90, 1980, 314 329.

15 Ово ограничење заснива се на претпоставци да постоји асиметрије у ефек тима несавршености тржишта капитала, при чему су ти ефекти снажнији у случају сиромашних. Вид. Philippe Aghion, Eve Caroli, Cecilia Garcia Penalosa, „Inequality and economic growth: The perspective of the new growth theories“, *Journal of Economic Literature*, Vol. 37, 1999, 1615 1660.

16 Вид. *ibid*., 1635.

17 Разлози за овакву корелацију леже у ограничењу ликвидности у погледу инвестиција у људски капитал. То ограничење је, наравно, мање за богате, што у условима несавршеног тржишта капитала доводи до тога да богати више инвестирају у сопствени људски капитал.

4.2. Јачање политичког притиска усмерен ка присилној прерасподели

Велика неједнакост ствара политички притисак усмерен ка присилној прерасподели дохотка од богатих ка сиромашнима, што успорава привредни раст. Наиме, увећава се вероватноћа такве прерасподеле, која се заснива на прогресивном опорезивању богатих и новчаним трансферима сиромашнима, чиме се стварају лоши подстицаји за привредни раст, будући да слабе подстицаји и једнима (богатима) и другима (сиромашнима) да се понашају тако да максимизују сопствену економску ефикасност. Заиста, овим долази до дисторзије подстицаја богатим да максимизују своје приносе, будући да ће њихов део и тако да буде експроприсан прогресивним опорезивањем.[18] Међутим, смањују се и подстицаји те врсте сиромашнима, будући да је одређени ниво потрошње, па тиме и благостања загарантован трансферима у оквиру система присилне прерасподеле.

Објашњење оваквог политичког притисака налази се у Мелцер-Ричардовој теореми, чији је основни налаз да медијански бирач има снажне преференције ка присилној прерасподели од богатих ка сиромашнима, па се стога политички програми којима се долази и остаје на власти заснивају на таквој прерасподели. То је последица униформне расподеле бирачког права (начело „један човек – један глас") и неуниформне расподеле дохотка. Доходак медијанског бирача стога је неминовно нижи од просечног, па, он сходно налазима ове теореме, има преференције ка присилној прерасподели.[19] Функционисање овог механизма, међутим, везано је за одређена ограничења. Теорема се заснива на имплицитној претпоставци да нема вертикалне мобилности становништва: доходак сваког појединца који је испод просека увек остаје испод просека. Међутим, уколико се унесе претпоставка о вертикалној мобилности, тада медијански бирач може да изгуби преференције ка присилној прерасподели.[20] Почиње, наиме, опорезивање богатих да посматра у светлу перцепције сопствене перспективе да постане богат, свестан да економске институције, по-

---

[18] Вид. Alberto Alesina, Dani Rodrik, „Distributive politics and economic growth", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 109, 1994, 465 490.

[19] Вид. Allan Meltzer, Scott Richard, „A rational theory of the size of govern ment", *Journal of Political Economy*, Vol. 89, 1981, 914 927, као и: Torsten Person, Guido Tabellini, „Is inequality harmful for growth", *American Economic Review*, Vol. 84, 1994, 600 621.

[20] Вид. Benabou, R. i Ok, E. A. (2001), „Social mobility and the demand for redistribution: The POUM hypothesis", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 116, 447 487, као и: Alberto Alesina, Elena La Ferrara, E. (2005), „Preferences for redistribution in the land of opportunity", *Journal of Public Economics*, Vol. 89, 897 931.

пут прогресивног опорезивања, имају велику постојаност.[21] Што је већа вертикална мобилност, мања је *ceteris paribus* вероватноћа да ће медијански бирач гласати за прерасподелу.

Битно је уочити да до успоравања привредног раста у овом случају долази услед присилне прерасподеле и дисторзије подстицаја до које она доводи, а не услед економске неједнакости саме по себи.

4.3. Увећање политичке нестабилности

Уверљива је теза да политичка нестабилност успорава привредни раст – она не ствара подстицаје за инвестирање, па се тиме обара стопа раста. Но, кључно питање гласи: како се дефинише политичка нестабилност? С једне стране, она се може дефинисати као склоност ка промени извршне и законодавне власти (независно од тога какав је карактер те смене, односно да ли је у складу са уставним решењима), али се, с друге, може дефинисати и као вероватноћа друштвених немира и њихових различитих појавних облика.[22] Ипак, у оба случаја јасан је механизам којим политичка нестабилност утиче на привредни раст: погоршање економских институција, увећање неизвесности с којом се суочавају инвеститори, пад очекиваних приноса, што доводи до обарања стопе инвестиција, па тиме и до успоравања привредног раста.

Имајући то на уму, кључно је питање: да ли велика неједнакост доводи до политичке нестабилности? Показало се да веза између економске неједнакости и политичке нестабилности није линеарна, а није ни монотона, тако да при неким нивоима економске неједнакости даље повећање те неједнакости може да доведе до повећања политичке стабилности, као и да та функционална веза зависи од карактера политичких институција, односно политичких слобода које постоје у земљи.[23] Иако је добијена емпиријска потврда везе економске неједнакости и стопе инвестиција,[24] што може да буде последица

[21] Резултати емпиријског тестирање Мелцер Ричардове теореме изазивају сумњу у погледу снаге ове узрочно последичне везе. Вид. Brandon Pecoraro, „Inequality in democracies: testing the classical democratic theory of redistribution“, *Economic Letters*, Vol. 123, 2014, 398 401.

[22] Вид. Alberto Alesina, Roberto Perotti, „Income distribution, political instability, and investment“, *European Economic Review*, Vol. 40, 1996, 1203 1228.

[23] Вид. Erik Thorbecke, Chutatong Charumilind, „Economic inequality and its socioeconomic impact“, *World Development*, Vol. 30, 2002, 1477 1495. Занимљиво је да се у великом броју емпиријских истраживања везе економске неједнакости и политичке стабилности јавља феномен U криве, без обзира на то да ли је реч о инвертованој U кривој или не, што упућује на то да се са променом нивоа економске неједнакости мења и карактер функционалне везе.

[24] A. Alesina, R. Perotti, 1218.

политичке нестабилности, очигледно је да је реч о сложеној узрочно-последичној вези о којој немамо превише информација.

4.4. Умањење инвестиција у људски капитал

Извори привредног раста нису исти при свим нивоима развијености. При нижем нивоу основни извор раста јесте акумулација физичког капитала, док је при вишем тај извор акумулација људског капитала и одговарајући раст укупне факторске продуктивности. Отуда се закључује да економска неједнакост поспешује привредни раст на ниском нивоу развијености. Насупрот томе, на вишем нивоу развијености неједнакост успорава привредни раст, будући да умањује инвестиције у људски капитал, у том случају основни извор привредног раста.[25]

Неједнакост утиче на умањење инвестиција у људски капитал преко ограничења ликвидности сиромашних, који због тога не могу да инвестирају у тај капитал, па повећање економске неједнакости јача то ограничење, односно његов ефекат. Цела ова аргументација, међутим, везана је за концепцију апсолутног сиромаштва и само изведено може да се припише економској неједнакости. При ниској фреквенцији апсолутног сиромаштва ограничења ликвидности практично се не мењају с променом расподеле дохотка, односно порастом или опадањем економске неједнакости.

4.5. Поткопавање демократије

Показало се да демократија ипак може да има позитивне ефекте на привредни раст, поготово на вишим нивоима развијености,[26] тако да би њено поткопавање изазвано економском неједнакошћу имало и неповољне ефекте на привредни раст. Да ли велика неједнакост заиста поткопава демократију и доводи до стварања аутократских политичких поредака? Постоје два основна механизма утицаја неједнакости на демократију. Један је да богатима демократија као таква представља сметњу, а велика неједнакости им додељује више ресурса за њено отклањање.

Због чега богатима демократија не одговара? Уколико они заиста имају одлучујући утицај на формирање државних политика, па

[25] Вид. Oded Galor, „Income distribution and the process of development“, *European Economic Review*, Vol. 44, 2000, 706 712, као и Roberto Perotti, „Growth, income distribution and democracy: What the data say“?, *Journal of Economic Growth*, Vol. 1, 1996, 149 187.

[26] Вид. Boris Begović, „Democracy and economic growth: Some regularities“, *CDDRL Working Paper* Vol. 148, University of Stanford, 2013, 1 42.

стога постају све богатији,[27] онда им свакако „добро иде" – ништа не би добили поткопавањем демократије. Штавише, демократија је веома блиско повезана с владавином права, а заштита приватних својинских права коју владавина права обезбеђује један је од приоритета богатих.[28] Стога је интерес богатих да демократија обезбеди владавину права и заштиту приватних својинских права која из ње произлази. Неуверљиво, стога, делује тврдња да владавина права није у интересу богатих, тим пре што ничим није аргументована.[29] Штавише, моделски је показано да богати у аутократијама, у условима велике економске неједнакости, могу да имају снажан подстицај да успоставе демократију, управо како би, таквим компромисом, сачували богатство које су већ прикупили.[30]

Други механизам утицаја неједнакости на демократију лежи у могућности да богати могу да искористе своје богатство за снажну артикулацију и наметање оних економских институција које би биле у њиховом интересу, а које би штетиле привредном расту,[31] попут баријера уласку у оне секторе у којима богати присвајају економску ренту. Да ли то значи да се оваквим поступком ефективно поткопава демократија и да је то узгредна последица оваквог делања, а не циљ сам по себи?

Демократија може, следећи Бекера,[32] да се поима и као оквир за транспарентно и јавно надметање интересних група. Кључни елемент демократије јесте управо мирно исказивање и артикулација супротстављених интереса и могућност да њихови носиоци утичу на процес доношења одлука о економским институцијама. У том смислу, очигледно је да у демократском систему постоје значајне противтеже могућности да богати једнострано утичу на формирање економских институција и на тај начин успоравају привредни раст.

[27] Вид. Joseph Stiglitz, *The Price of Inequality*, Allen Lane, London, 2012.

[28] Вид. Mark Gradstein, „Inequality, democracy and the protection of property rights", *Economic Journal*, Vol. 117, 2007, 252 269.

[29] Вид. J. Stiglitz, 149 156. Занимљивије је питање односа богатих према владавини права у земљама у којима она није успостављена или у којима је, на пример, током промена политичких и економских институција дошло до знатног трагања за рентом и у којима су неки богати одређени део свој богатства прику пили нарушавањем својинских права других. Како је моделски показано, у так вим околностима, под одређеним условима, богати не желе владавину права. Вид. Konstatin Sonin, „Why the rich may favor poor protection of property rights"?, *Journal of Comparative Economics*, Vol. 31, 2003, 715 731.

[30] Вид. Daron Acemoglu, James Robinson, *Economic Origins of Dictatorship and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge 2005.

[31] Вид. Daron Acemoglu, James Robinson, „The rise and decline of general laws of capitalism", *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 29, 2015, 3 28.

[32] Вид. Gary Becker, „A theory of competition among pressure groups for political influence", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 107, 371 400.

Управо је то кључна разлика између начина и успешности којима богати артикулишу сопствене приватне интересе који су супротстављени динамичкој максимизацији друштвеног благостања. Показало се да у аутократским режимима богати успевају да спрегом политичко-пословне елите сопствене интересе наметну као друштвене, што доводи до умањења нивоа конкуренције на тржишту, путем подизања баријера уласку нових конкурената.[33] Демократије карактерише већа отпорност на овакве притиске, тако да њих одликују ниже баријере уласку и мање могућности за стварање и присвајање економске ренте.[34]

Ипак, демократија није апсолутно сигурна брана која спречава да богати у политичком процесу не успевају да, макар у одређеној мери, наметну своје приватне интересе у формирању економских институција. Она то и не треба да буде јер би се изгубила једна од њених основних компоненти, а то је слобода исказивања и артикулисања сопствених политичких и економских преференција. Штавише, није неминовно да све економске институције за које се залажу богати представљају лоша решења са становишта привредног раста. Ефикасна заштита приватних својинских права свакако представља једну од таквих институција.

У том контексту, дâ се закључити да велика неједнакост може да доведе до тога да богати успешније намећу сопствене интересе, који понекад могу да буду контрапродуктивни са становишта убрзања привредног раста. Они, међутим, то далеко успешније чине у аутократијама него у демократијама – очигледно је да демократске процедуре представљају брану тој успешности и доводе до уравнотежених економских институција.

4.6. Криминализација друштва

Није спорно да криминал, пре свега имовински, али и насилнички, не погодује привредном расту, будући да представља нарушавање владавине права, пре свега приватних својинских права, ствара пословну неизвесност и умањује очекиване приносе пословних подухвата. Управо је на овој узрочно-последичној вези изграђена дистинкција између лутајућег и стационарног разбојника и указано на различите ефекте ова два типа разбојништва на привредни раст.[35]

---

33 Вид. Daron Acemoglu, „Oligarchic versus democratic societies“, *Journal of European Economic Association*, Vol. 6, 2008, 1 44.

34 Вид. Simeon Djankov, *et al.*, „The regulation of entry“, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 117, 2002, 1 37.

35 Вид. Mancur Olson, „Dictatorship, democracy and development“, *American Political Science Review*, Vol. 87, 1993, 567 576.

Имајући то на уму, поставља се питање: да ли повећање економске неједнакости доводи до увећања нивоа, односно стопе криминала, па на тај начин до успоравања привредног раста? Концептуални оквир за сагледавање ове везе даје Бекеров модел криминалног понашања.[36] Показало се да се не може дати једнозначан одговор на ово питање, будући да су идентификовани механизми којима се јачају подстицаји за криминалне активности, али и механизми са супротним смером дејства, којима се слабе подстицаји за чињење кривичних дела.[37]

5. ЗАКЉУЧАК

Разматрање узрочно-последичне везе између неједнакости и нивоа друштвеног благостања показало је да таква веза постоји једино при испуњењу веома великог броја претпоставки, почев од међузависности функција индивидуалног благостања, па све до потпуне симетрије везе између индивидуалног благостања појединца и благостања свих осталих. Такође, уочена су понашања људи која указују на постојање снажне асиметрије те врсте, те да појединци далеко више реагују на туђе сиромаштво, а не толико на неједнакост.

Декомпозиција механизама којима делује узрочно-последична везе између економске неједнакост и пораста друштвеног благостања, тј. привредног раста, показала је да постоје бројни канали, односно механизми ове узрочно-последичне везе, да имају противречни смер дејства, да им се разликује међусобна релативна снага, која се мења у зависности од дејства бројних чинилаца, почев од достигнутог нивоа развојности привреде, па све до карактера политичких институција. Укратко, не може се донети једнозначан закључак о односу економске неједнакости и привредног раста. Сходно томе, теза да свака економска неједнакост увек представља баријеру привредном расту једноставно не може да опстане.

Ипак, на основу налаза савремене теорије привредног раста може се закључити да екстремне форме економске неједнакости – оне које, успостављањем великих баријера уласку, онемогућавају да се расположиви ресурси ефикасно алоцирају, односно да се унапређују (попут инвестиција у људски капитал) – могу да буду

---

[36] Вид. Gary Becker, „Crime and punishment: An economic approach“, *Journal of Political Economy*, Vol. 76, 1968, 169 217.

[37] Вид. Борис Беговић, „Економска неједнакост и криминал: преглед теоријских и емпиријских налаза“, *Стање криминалитета у Србији и правна сред ства реаговања*, (ур. Ђорђе Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007, 121 132.

баријера привредном расту. Тиме се долази до суштине: за привредни раст опасне су оне неједнакости које се своде на неједнакост третмана, тј. на неравноправност која неке привредне субјекте искључује из прилике да максимизују сопствену економску ефикасност. Такве неједнакости елиминишу се унапређењем економских институција, односно успостављањем инклузивних политичких и економских институција.[38] Дакле, неједнакост је за друштвено благостање опасна у случају када се своди на неравноправност.

Dr Boris Begović

Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

ON ECONOMIC INEQUALITY AND SOCIAL WELFARE

Summary

The aim of the paper is to explore the relations between economic inequality and social welfare staring from the assumption that causality goes from economic inequality to social welfare. Standard methodological framework of economic science was enhanced with interpersonal function of individual welfare so the effects of economic inequality of the level of social welfare can be considered. It was demonstrated that there is no unequivocal theoretical conclusion and that differences in the preferences among people should be empirical considered for more insights. The analysis of the consequences of economic inequality to economic growth, i.e. dynamics of social welfare, demonstrated that there are numerous mechanisms of causality with the countervailing effects. The most important mechanism by which inequality speeds-up economic growth is based on the increased saving and invents rates, and the most important mechanism by which it slows-down growth is based on decreasing investments in human capital. Accordingly, there is no unequivocal theoretical conclusion also in this case. Nonetheless, modern growth theory has demonstrated that that the most dangerous economic growth is inequality of the treatment of economic agents, i.e. discrimination and exclusion, as that kind of inequality creates substantial allocative inefficiency.

Key words: *Economic inequality.– Social welfare.– Economic growth.– Interpersonal welfare function.– Investments.*

[38] Вид. Daron Acemoglu, James Robinson, *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*, Profile Books, London, 2012.

УДК 349.6; 502.14

CERIF: S120

Др Предраг Стојановић[*]

Др Илија Зиндовић[**]

ПРАВНА ОДГОВОРНОСТ ЗА РАЗВОЈ И ЗАШТИТУ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

У раду аутори настоје да класификују и објасне правне основе одговор ности у систему равнотеже одрживог развоја и заштите животне средине. Методом анализе теоријских ставова и законских норми закључују да класична правила о одговорности за штету у животној средини, у савременим услови ма, нису могли пружити адекватну заштиту. Утврђивање нових и ефикаснијих основа одговорности, показало се неопходним. У том смислу принцип „загађивач плаћа" представља посебан вид објективне одговорности, који, у својој основи не подразумева узрочну везу између оператера и штете. И поред чињенице да овај нови вид одговорности садржи одређене елементе пореског оптерећења и економских мера, показало се да он има и логику свог правног постојања и економску оправданост.

Кључне речи: *Одрживи развој. Животна средина. Заштита. Штета. Одговорност.*

1. УВОД

Сведоци смо незапамћеног техничко-технолошког напретка, али и осетног повећања броја становника на планети. Увећане су све потребе, интензивиране миграције. Човек живи у средини која је по својим обележјима природна, с једне, и урбана, с друге стране.[1] Ква-

---

[*] Коаутор је редовни професор и декан Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, *pstojanovic@jura.kg.ac.rs*

[**] Коаутор је ванредни профессор Правног факултета за привреду и правосуђе Универзитета Привредне академије у Новом Саду, *zindovic.ina@open.telekom.rs*

[1] Гордана Петковић, „Правни оквири заштите и унапређивања простора међународно правни аспект", *Правни живот* 9/2010, 317.

литет живљења сваког субјекта условљен је оквирима и квалитетом садржајности животне средине и њеним очувањем. Неспорно је да простор природне средине постаје све угроженији. Он се смањује на рачун простора урбане средине.

Потребе човечанства расту у сваком погледу.[2] Да би се оне задовољиле, потребан је примерен развој савремене технологије у свим привредним гранама. То поспешује квалитет живљења. Али, квалитативан преображај начина живљења подразумева и квантитативне промене животне средине. Трошење природних ресурса постаје убрзано. Животна средина је све угроженија нарочито развојем прљавих технологија. Да би такав привредни развој био одржив а животна средина била очувана и за будуће генерације, неопходно је радити и на унапређењу њене заштите. То указује на неминовну повезаност процеса одрживог развоја и заштите животне средине. У том контексту, правна регулатива представља један од таквих сегмената заштите, а при чему се, поред класичних облика правне одговорности, показало неопходним формирање нових видова заштите (кроз посебне облике одговорности).

2. ОДРЕЂЕЊЕ ПОЈМОВА „ОДРЖИВИ РАЗВОЈ" И „ЗАШТИТА ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ"

Као актуелан проблем, одрживи развој јавља се 70-их година прошлог века (Франсоа Перу је предложен за Нобелову награду за фундирање концепта[3]) да би током 90-их година постало једно од најважнијих питања у планирању привредног развоја. Одрживи развој није статична категорија, већ развојни процес који садржи: време, простор и управљање.[4] Одрживи развој је „...развој који задовољава потребе данашњице без компромитовања способности будућих генерација да задовоље њихове сопствене потребе".[5] При томе, он мора имати у виду економски, социјални, али и фактор очувања жи-

[2] Вид. Предраг Стојановић, „Финансије великих градова", *Ибарске новине*, Краљево1989.

[3] Вид. Francois Perroux, *Za filozofiju novog razvoja*, ИРО Матица српска, Нови Сад 1986.

[4] Време указује на околност да права садашњих и будућих генерација своје право на развој остварују на простору који мора бити планиран и усклађен а атрибут управљања подразумева и планско повезивање временско просторног планирања. Вид. *Intergating City Planning and Environmental Improvement: Practicalr Strategies for Sustainable Urban Development*, (eds.) by Donald Miller and Gert de Roo, Ashgate, Aldehrot, England, 1999, 20.

[5] Dinah Shelton, 2004, „Course 3 Techniques and Procedures in International Envirommental Law" in UHITAR Programme of training For the Application of Environmental Law, 2nd edition, UHITAR,Geneva 2004, 1.

вотне средине. Делотворност ове три компоненте немогућа је без квалитетног просторног планирања. Данас је просторно планирање незамисливо без истовременог укључивања питања права очувања животне средине. Значи, заштита животне средине је изузетно важан инструмент регулисања и управљања одрживим развојем. Такав интегралан приступ је неопходан, јер би се у супротном озбиљно нарушила равнотежа животне средине. Глобалистички поглед на свет који се јавља седамдесетих година XX века, први пут након једног столећа поставља такозвана „велика“ питања о садашњости и будућности.[6]

Због демографске експанзије и тежње за квалитетнијим живљењем, долази до убрзаног развоја у свим секторима. Шире се простори где се те активности одвијају, што очигледно доводи до нарушавања постојећег екосистема. Нове технологије воде општем прогресу друштва, али и доносе многе штетне последице природној средини, што, опет, негативно утиче на квалитет живљења. Равнотежа у простору се нарушава. Одатле, заштита животне средине (која подразумева и очување природних ресурса), постаје кључно питање одрживог развоја. О томе говоре одредбе бројних међународних инструмената као и садржина чл. 9, тач. 4 Закона о заштити животне средине Републике Србије (*Службени гласник РС*, 135/04), где је у погледу прокламоване норме прописано: „одрживи развој је усклађени систем техничко-технолошких, економских и друштвених активности у укупном развоју у којем се на принципима економичности и разумности користе природне и створене вредности Републике с циљем да се сачува и унапреди квалитет животне средине за садашње и будуће генерације. Одрживи развој остварује се доношењем и спровођењем одлука, којима се обезбеђује усклађеност интереса животне средине и интереса економског развоја“.

Зато се ове две категорије – одрживи развој и животна средина не могу посматрати одвојено. Оне чине једну нужно повезану и комплексну целину а за реализацију спровођења њихових садржинских циљева било је неопходно изградити и одређене принципе правне одговорности.

Проблем заштите животне средине може се посматрати са више различитих аспеката: економског, институционалног, правног, политичког, етичког, идеолошког, методолошког, глобализацијског, итд.[7] Стога се под заштитом животне средине подразумева скуп различитих поступака и мера које спречавају угрожавање животне сре-

[6] Љубинко Пушић, „Да ли је идеја о одрживом развоју одржива?“, *Теме*, 2/2012, 427 728.

[7] Драгољуб Тодић, „Одрживи развој и принципи политике и права животне средине“, *Правни живот* 9/2007, 430.

дине, како би се очувала биолошка равнотежа.[8] Но, и поред овакве свеобухватне дефиниције сасвим се јасно може приметити да постоји одређена појмовна непрецизност. Разлог томе је што је појам заштите животне средине испреплетан економским, научнотехничким и социјалним компонентама.

С правног становишта, ова два појма могу се посматрати како код теоријске расправе, тако и кроз правну регулативу и лепезу облика правне одговорности у заштити животне средине. Тако је могуће уочити да постојећи традиционални основи одговорности (деликтна одговорност и одговорност за штету), у савременим урбаним условима живљења, нису дали адекватне ефекте у погледу заштите животне средине. Одређени случајеви показали су да је потпуно санирање штета у животној средини немогуће, или знатно отежано, па је потребно реаговати превентивно. Економске и фискалне мере (порези, субвенције и сл.) оденуте у правни плашт, указивале су и на економичност и на бољу ефикасност у спектру постојећих инструмената реализације одрживог развоја и заштите животне средине. Тако и принцип „загађивач плаћа" и „договори о зеленој потрошњи", нашли су, у већој или мањој мери своје место и у међународним инструментима.[9] Иако је принцип „загађивач плаћа" дериват принципа накнаде штете формиран још од стране Римског права, потом Грађанског права (законодавства појединих држава),[10] за његово потпуније садржинско одређење у садашњем облику ипак су заслужни међународни инструменти. Ово из разлога што „... међународно право заштите животне средине за предмет регулисања има појмове који до његовог настанка нису били предмет регулисања правних система, или су пак, били потпуно непознати у праву".[11]

8 Моника Милошевић, „ Одговорност за еколошку штету". *Правни живот* 9/2007, 445.

9 У том домену, у временском континуитету, донето је низ инструмената, који третирају или пак помињу ову материју, као: Декларација УН о човековој средини (Стокхолм) из 1972. године (Declaration of the Unted Nations Conference on the Human Environment), Бергамска декларација о одрживом развоју (1987), Декларација о животној средини и одрживом развоју из 1992. године (Rio Declaration on Environment and Development, Rio de Janeiro), Хабитат Агенда (The Habitat Agend, 1996, Istambul), Архуска конвенција из 1998 (Данска), Европска конвенција о пределу (European Convention on Landscapes, Firenca, 2000)), Директива ЕУ о одговорности за еколошку штету (Directive 2004/35/CE of the Europen Parliament and of the Council of 21 April 2004. OJ L 143) и др.

10 Овај термин формулисан је прво од стране законодавства државе Конектикат Законом о чистом ваздуху, да би га САД Законом о чистоћи ваздуха, из 1970. године подигле на федерални ниво. Вид. Владан Јолџић, *Еколошко право Општи и Посебан део*, Београд, 2002,138.

11 Aleksandre Charles Kiss,"Les traites cadres: une technique juridique caracteristique du droit international de l'environnement", *Annuare francais de droit international* 1/1993,792.

3. САВРЕМЕНИ ПРАВНИ ОБЛИЦИ ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

За заштиту од штета које могу настати и настају у животној средини, традиционална правна решења, углавном су користила два устаљена основа одговорности, и то: одговорност по основу делик-та (где се заштита остваривала путем норми кривичног, прекршајног и управног права) и одговорност по основу причињене штете (кроз примену постојећих института грађанског права). Али, савремени услови живљења, нису могли пружити довољну заштиту животној средини. Евидентно је да природа не познаје државне границе па се стога ни заштита животне средине, посебно када су у питању ваздух и вода, не може спроводити парцијално – затворено у државним границама. Нови и адекватнији начин деловања постао је услов ефективности. Поред примене устаљених начела одговорности, увођење ефикаснијих основа заштите у овој сфери постало је неопходно.

3.1. Принцип „загађивач плаћа“

Питање одговорности код класичних правних принципа сводило се на одговорност због извршења деликта и причињене штете. Међутим, због широког схватања појма животне средине и с обзиром на то да се последице људских радњи, тј. њихови ефекти могу појавити и тамо где се раније нису могли очекивати, уочено је да се активности с циљем очувања животне средине морају померити више ка превентивној заштити „...са намером да се предвиди што више потенцијално штетних ситуација и активности због специфичне природе објеката регулисања а имајући у виду околност да штетне утицаје по животну средину често није могуће у потпуности елиминисати“.[12] Уместо санације, у виду накнаде комплементарне и компензационе штете, њен појам се проширује и на трошкове мера предузетих као превентивне – да се заштити постојеће стање, као и на мере које се предузимају да се успостави нарушена животна средина.

У суштини, овај вид одговорности за заштиту животне средине у својој основи има и елементе пореског оптерећења. Циљ је да се створи систем осигурања да трошкове заштите у овој сфери сносе они који проузрокују загађење и да се приликом полагања рачуна и прављења стратешке планске политике од њих захтева да квантификују спољне трошкове. У том смислу се истиче и да је фина дистинкција између оптерећења и загађења животне средине, односно ситуације у којој „загађивач плаћа“ и ситуације у којој „загађивач

[12] Бојана Чучковић, „Појам еколошке штете у међународном праву заштите животне средине“, *Правни живот* 9/2010, 406.

одговара“, указује на то да је сам појам загађења животне средине нормативан.[13]

Евидентно је да се овде ради о посебном виду одговорности, чији се правни основ налази не само у унутрашњим законодавствима већ и у међународној нормативи.

Овај нови вид одговорности има не само своју правну логику, већ је заснован и на економској оправданости. Традиционални метод регулисања контроле штете у животној средини састојао се у постављању емисионих стандарда, као и доношења закона за извршење тих стандарда путем кривичних санкција, заједно с административним механизмима извршења као што је нпр. повлачења дозвола.[14] Овакво решење није се показало као ефикасно. Генерално посматрано, према овом методу регулисања, загађивачу се изриче блага санкција, а друштво сноси већину трошкова загађења, било директно, у смислу плаћања извршног система, било индиректно, у смислу патње коју трпи, а која је проузрокована ефектима необузданих индустријских емисија и отпадних вода.[15] Из свега већ изнетог, како се правна заштита, заснована на традиционалним принципима одговорности, показала недовољном, уочена је неопходност прецизирања ефикаснијих механизама. Решење је: примена економских инструмената оденутих у правне норме. Тако је и настао посебан принцип у погледу правне одговорности под називом „загађивач плаћа“. Увидело се да су економски инструменти уобличени у правне норме, у поређењу с административним, ефикаснија средства за заштиту животне средине. Правна теорија добила је задатак да овакав инструмент правно уобличи у законодавну норму, јер се појавио један нови и ефицијентнији инструмент за решавање проблема из домена заштите животне средине. У суштини, тражио се правни основ за унапред предвиђену штету, јер се плаћање оператера (загађивача), односи на будућу штету. Уместо да се по утврђеној штети, трошкови њеног санирања наплаћују од учиниоца, овде се замишљено процењени трошкови унапред усмеравају на оператера. Значи, плаћање оператера, по принципу „загађивач плаћа“ односи се на будућу штету. Тај принцип је фундиран кроз два атрибута, и то: *ratione personae*, јер се унапред зна ко плаћа и *ratione temporis*, јер се плаћање односи само на будућу штету.[16]

[13] Марија Караникић Мирић, 2007, „Одговорност за загађивање животне средине“. *Правни живот*, 9/2007, 459.

[14] Donald A. Reid Morton F. Milligan,1996, „Civil Liabiliti for Environmental Damage“, *International Environmental Law and Regulations,* Salzburg 3/1996, 24.

[15] М. Милошевић, 446.

[16] Илија Зиндовић, „Облици правне одговорности у контексту заштите жи вотне средине“, *Европско законодавство*, 2/2012, 277.

Концептуално посматрано, овде се пре ради о превентивној мери установљеној с циљем спречавања прекомерног загађивања животне средине. Стога би се могло рећи да ова мера не представља накнаду за штету у класичном грађанскоправном смислу, па се ова обавеза и не може подводити под одговорност предвиђену правилима грађанског права. Ипак се, у концептуалном смислу, овде отвара питање правне природе одговорности за еколошку штету, односно којом се уништава или оштећује добро на којем не постоји приватноправни интерес а који би се штитио правилима грађанског права.[17]

Посматрано с економског становишта произилази да накнада по принципу „загађивач плаћа“ у себи садржи и део пореског оптерећења. Разлог томе је што ову врсту трошкова, бар у некој фази пословања, оператер пребацује на потрошача кроз цену производа (која у себе укључује и пореско оптерећење).

3.2. Инструменти ЕУ

Из функционалности постављеног концепта произилази да се одговорност по принципу „загађивач плаћа“ заснива на објективној одговорности. Концепт објективне одговорности прокламован је и у Конвенцији Савета Европе о грађанској одговорности за штету проузроковану обављањем делатности опасних по животну средину, која је усвојена 1993. године у Лугану.[18] Правило „загађивач плаћа“ (The polluter pays Principle), је принцип на којем се заснива и режим Директиве ЕУ о одговорности за еколошку штету.[19] Директива је ступила на снагу 30. априла 2005. а посебна пажња посвећена је /art.2 (1)/, одговорности за загађење воде и земље, као и одговорност за штету над заштићеним врстама и团 стаништем. Сходно правилима ЕУ, Директива не дира у националне прописе држава чланица грађанскоправној одговорности за традиционалне облике проузрокованих штета, тј. Директива не покрива штете које загађивач својим поступцима причини лицима оштећујући имовину и лична добра. Ови видови накнаде штете могу се остварити сходно националним законодавствима држава чланица.

---

[17] Barbara Pozzo, „Torwards Civil Liability for Environmental Domage in Europe“, *Global Jurist Topics* 2/2001, 5.

[18] Конвенција није ступила на снагу јер је потписана од само девет држа ва (Кипар, Финска, Грчка, Исланд, Италија, Литхенштајн, Луксембург, Холандија и Потугалија), а ниједна од тих земаља није извршила ратификацију.

[19] Directive 2004/35/CE of the Europen Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remetyng of envronmental domage*, OJ L* 143, 56 76.

Основу за остварење ових циљева Директива је темељила углавном на чл.174 Уговора ЕЕЗ израженог кроз принцип обезбеђења заштите од штете и отклањања штетних последица на извору њиховог настанка.[20] Циљно и формулацијски произилази да се режим одговорности, који је уређен Директивом, односи на штету која се испољава у животној средини. Предвиђена је одговорност загађивача и његовог правног следбеника. Заштитни објекат овде је управо животна средина, тј. она ужива посебну правну заштиту: насупрот традиционалној штети која се у овом контексту манифестује као штета од (загађене) животне средине.[21]

Разлика између ова два вида одговорности не огледа се само у дихотомности заштитног објекта, већ и у могућности различитог циљног опредељења новчаних износа који се добијају по том основу. Средства прибављена по принципу „загађивач плаћа" могу бити употребљена само за реализацију тачно утврђених програма и од тачно овлашћених субјеката. Насупрот томе, класична правила грађанског права која регулишу одговорност за причињену штету не обавезују оштећеног који је добио накнаду у новцу да тај износ потроши на репарацију штете коју је претрпео. Напротив, тај износ, обештећени може употребити према свом избору.

Директива ЕУ је на један посебан начин обухватила и регулативу настанка и питање одговорности за директну штету у животној средини. Под таквом штетом Директива подразумева штету на екосистему (биљним и животињским врстама и природним стаништима), на водама и земљишту. Ипак, овај вид штете долази под заштитни вео норми Директиве под посебним условима. Тако, штета на екосистему ужива заштиту директно само ако су конкретне врсте и станишта заштићени правилима националног или комунитарног права и ако се оштећења која су на њима учињена могу квалификовати као значајна.[22]

Штета на водама, подлеже под одредбе Директиве само ако се таква штета може квалификовати као оштећење које значајно утиче на еколошки хемијски или квантитативни статус или на економ-

[20] Још у току 1973. године усвојен је акциони програм заштите животне сре дине на нивоу тадашње ЕЕЗ. Од тада па до данас право заштите животне средине у ЕУ прешло је дуг пут трансформације од низа „привремених мера" до свеобухват ног интегрисаног система управљања животном средином на више нивоа.

[21] Gerrit Betlem, „*Liability for Domage to the Environmental*", u: Towards a Europea Civil Code, Second Revised and Expandel Edition, editors: A. Hartkamp, M. Heselink, E. Hondius, C. Joustra, E. du Perron, 1998, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 1998, 474.

[22] Драгана Радојевић, „Нова директива Европске уније о одговорности у об ласти заштите животне средине", *Међународни проблеми,* 1 2/2005, 185.

ски потенцијал воде, и то на начин како је предвиђено Директивом о водној политици (Water Framework Directive 2000/60/EC of the Europen Parliament and of the Council of 23 October 2000 etablishing a framework for Community action in the field of water policy). Под штетом на земљишту сматра се контаминација земљишта неком супстанцом, смешом, организмима или микроорганизмима, ако као последица тога настаје значајан ризик по људско здравље.

Директива предвиђа и обавезу одговорног лица (Articles 2/12, 2/13,2/14), да оштећене природне ресурсе и њихове позитивности по друштво доведе у оно стање у којем би се ови ресурси налазили и вршили своју функцију да до еколошке штете није дошло. При томе, по Директиви, одговорно лице се не посматра у кривичноправном смислу. Као одговорним, сматра се било које физичко или правно лице које обавља или контролише обављање одређене професионалне делатности или ако је тако предвиђено националним прописима – лице које има одлучујући економски утицај на техничко обављање неке делатности, укључујући и она лица која имају дозволу за обављање делатности којом је проузрокована еколошка штета. У случајевима када оваква, *примарна,* репарација природних ресурса није могућа, одговорно лице има обавезу *комплементарне* репарације.[23]

Смисао одговорности по Директиви огледа се у правилу да и у случајевима када оштећени природни ресурс није могуће довести у стање пре него што је над истим причињена штета онда стоји обавеза да загађивач, вредност еквивалентну оном делу штете који је неотклоњив (непоправљив), уложи у унапређење неког другог сличног ресурса. На овакав начин би се вршила компензација репарације, тј. обештећење према друштву због чињенице да оштећени нису могли одређено време да користе природни ресурс и да у њему уживају. У суштини, овај вид у себе укључује и накнаду штете која се манифестује изостанаком одређеног духовног задовољства због немогућности доживљавања ефекта које је могла да пружи здрава животна средина.

Питање одговорности за штетне последице од загађења, Директива посебно не разматра. Регулатива у том домену препуштена је нормама националних законодавстава. Међутим, с обзиром на специфичност заштитног објекта и штетност коју загађење може произвести животној средини, у ЕУ се увелико разматрају преднацрти правних инструмената по којима би прекршајно кажњавање учинилаца због загађења, било јединствено регулисано.

[23] М. Караникић Мирић, 459.

4. РЕГУЛАТИВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

4.1. Одговорност за загађење животне средине

С циљем адекватне правне регулативе ове области, Србија је следила концепцију поменуте Директиве ЕУ (2004/35/CE). Већ у току децембра 2004. године усвојена су четири закона који су на одређен начин регулисали ову материју (Закон о заштити животне средине, Закон о интегрисаном спречавању и контроли загађивања животне средине, Закон о стратешкој процени утицаја на животну средину и Закон о процени утицаја на животну средину – сва четири закона објављена су у *Службеном гласнику РС*, бр. 135/04 од 21.12.2004).

Решења садржана у Закону о заштити животне средине, (измене и допуне – *Службени гласник РС,* бр. 36/09, 36/09, 72/09 и 43/09, по одлуци Уставног суда Уз бр. 198 од 20.4.2011), као базног закона из ове области, практично су заснована на декларисаним принципима из Директиве ЕУ. На то указује и садржина начела из чл. 9 Закона, а решења из чл. 85 Закона указују да је дословце прихваћено начело „загађивач плаћа“. Према назначеном члану прописано је да „ ... свако лице које узрокује загађење животне средине емисијама, односно отпадом или производи, користи или ставља у промет сировине, полупроизводе или производе који садрже материје штетне по животну средину,...дужан је да плаћа накнаду за загађивање животне средине“. Влада Републике Србије ближе одређује обвезнике накнаде и врсте загађивања за које се накнада плаћа, критеријуме за обрачун накнаде и начин њеног плаћања. При томе, Закон предвиђа да се овако прибављена средства наменски користе за заштиту и унапређење животне средине према програмима, односно акционим и санационим плановима који се доносе у складу с овим и посебним законима (чл. 85, ст. 3, 4 и 6).

Ове одредбе сврстане су у Глави VI под називом „Економски инструменти“ што такође указује на посебну природу овог вида одговорности. Оно што је овде битно јесте околност да, при овако унапред утврђеној обавези, законодавац не забрањује загађивачу даље обављање делатности, нити да убудуће престане са загађивањем као ни обавезу да природни ресурс доведе у првобитно стање. Из овог произилази да законодавац свесно допушта чињење одређеног нивоа загађења животне средине, тј. да се одређени ниво загађења сматра толерантним. Следом већ изнетог, могло би се закључити да овај принцип управо има за сврху да се постигне одређена равнотежа између два конкретна циља:

– остварење одрживог привредног развоја земље, и

– очување и заштита животне средине.

Оно што је карактеристично за овако постављену одговорност је чињеница да кроз овај вид плаћања, загађивач одговара за ону радњу која није противправна нити постоји одређени скривљени поступак. Он и даље наставља с радом а накнаду плаћа зато што обавља делатност која објективно доприноси загађењу животне средине. Али с обзиром на то да се ради о емисијама које су у границама дозвољених из тога и произилази сврха принципа јер циљ није да се забрани обављање делатности, већ да се унапред обезбеде средства за предупређивање и ревитализацију онога што ће бити уништено.

Из садржине овако постављеног принципа „загађивач плаћа" може се закључити да је одговорност за штету на животној средини, по својој природи, објективна одговорност. На тај начин штити се јавноправни интерес и инкорпорира тежња за очувањем природних ресурса. За заснивање одговорности за овај вид штете, довољно је постојање каузалне везе између штете у животној средини и одређене радње као њеног узрока, која не мора бити противправна и без услова да је том радњом проузрокована штета у грађанскоправном смислу.

Ко се сматра титуларом права на накнаду овог вида штете, у правној теорији је спорно. Прописаном обавезом за загађивача, штити се животна средина. Али, постоје и мишљења да она не може бити носилац права, већ је логично да је то онај субјект који све то спроводи а то је субјект јавног права – Република, Покрајина или локална самоуправа.

У погледу овог тумачења, има и других неконвенционалних схватања. Тако Стон (*Stone*), налази да се животна средина штити посредно, кроз заштиту интереса које појединци или друштво имају у њој, па због тога требало би да се самој животној средини призна статус носиоца правом заштићеног интереса.[24] Чини нам се да овакво становиште може бити предмет озбиљног размишљања. Јер, ако је и у правној теорији и у законодавној пракси прихваћено да правно лице може бити титулар права на накнаду нематеријалне штете (при чему га заступа законски заступник), онда је аналогна примена могућа и код остварења права на штету у животној средини (где би заступник био законски заступник органа који се брине за животну средину).

4.2. Грађанскоправна одговорност за штетне последице загађења

Иако је Закон о заштити животне средине, у погледу одговорности, централно место посветио принципу „загађивач плаћа", За-

[24] Cristopher D. Stone, „Should Trees Hove Standing? Toward Legal Rights of Natural Objects", Southern California Law Review, 3/1972, 450 510. *http://www.derechosdelanaturaleza.org/wp content/uploads/2009/12/C.Stone Should Trees Having Standings.pdf*

кон је предвидео и грађанскоправну одговорност за штетне последице загађења (чл. 103–108). У чл. 103, ст. 1 Закона, предвиђено је да загађивач који проузрокује загађење животне средине одговара за насталу штету по начелу објективне одговорности и то у хитном поступку пред судом. Законом је предвиђено да загађивање животне средине може бити извршено како радњом чињења тако и радњом пропуштања, тј. нечињењем (чл. 104, ст. 1). Чланом 107 предвиђено је да право на накнаду штете има свако ко претрпи штету. У случају да нема лица која имају право на обештећење, то право задржава Република Србија.

С циљем боље заштите оштећених, Закон о заштити животне средине прописао је солидарну одговорност у случају када је за штету одговорно више загађивача а њихови појединачни удели се не могу тачно утврдити. Овај проблем је решен истоветно као у Закону о облигационим односима, а предвиђена је и његова супсидијарна примена, јер, чл. 108 Закона о заштити животне средине прописује да „на питања о одговорности за штете нанете животној средини која нису посебно уређена овим законом примењују се општа правила Закона о облигационим односима".

Закон о облигационим односима у чл. 376 предвиђа рокове у којима се може остварити право за накнаду штете, и то: субјективни рок три године, објективни рок пет година. Закон о заштити животне средине не користи термине субјективни и објективни рок, већ у чл. 107, ст. 4 употребљава термине: застарелост „покретања поступка"(три године), и „застаревање потраживања"(20 година). Нејасно је због чега је законодавац овај објективни рок определио на 20 година. Оправдање за то могло би се наћи у значају који животна средина има за субјекте који зависе од њене исправности.

И поред чињенице што Закон о заштити животне средине заштиту животне средине употпуњује како обавезним вршењем надзора од стране инспектора (чл. 110–115), тако и прописивањем казнених одредаба за учињене привредне преступе (чл. 116) и прекршаје (чл. 117), одговорност због штете нанете животној средини се овим прописима у Републици Србији, не исцрпљује.

4.3. Кривичноправна заштита животне средине

Кривичноправно, у овој материји, може се говорити о казненој заштити и то у њеном најширем смислу. Од 1. јануара 2006, као дана почетка примене Кривичног законика (даље: КЗ), први пут су на једном месту сврстана скоро сва кривична дела из ове области у Глави XXIV која носи назив: Кривична дела против животне средине.[25]

[25] Кривични законик Републике Србије, *Службени гласник. РС*, бр.85/05, 88/05 (исправка), 107/05 (исправка) и 72/09, од 3.9.2009, ступио на снагу 11.9.2009.

Сва прописана кривична дела из ове групе кривичних дела, имају као основни заштитни објекат животну средину. За одређени број кривичних дела то произилази и из наслова кривичног дела, као што су: загађење животне средине (чл. 260 КЗ), непредузимање мера заштите животне средине (чл. 261 КЗ), противправна изградња и стављање у погон објеката и постројења који загађују животну средину (чл. 262 КЗ), оштећење објеката и уређаја за заштиту животне средине (чл. 263 КЗ), оштећење животне средине (чл. 264 КЗ), уништење, оштећење и изношење у иностранство и уношење у Србију заштићеног природног добра (чл. 265), повреда права на информисање о стању животне средине (чл. 268 КЗ).

И поједина кривична дела која у свом наслову немају термин „животна средина", на један посредан начин такође штите добра која представљају део животне средине. То су кривична дела из чл. 270–277 КЗ. Из ове групе карактеристично је кривично дело: убијање и злостављање животиња из чл. 269 КЗ, које раније није постојало као кривично дело. Овим кривичним делом посредно се штити животна средина, а суштински се штити човек и његова осећања која има према животињама и његова одговорност коју треба да има према животињама а не штите се животиње .[26]

Оно што је карактеристично за кривична дела против животне средине јесте чињеница да је законодавац предвидео да се кривично гоњење предузима по службеној дужности, тј. од стране надлежног јавног тужиоца. У одређеним случајевима предвиђено је и кажњавање за покушај кривичног дела. То указује на значај заштитног објекта животне средине коју законодавац с оваквим строжим нормама штити.

Кривично законодавство Србије предвиђа и казнено правну одговорност правних лица.[27] За поједина дела из ове групе кривичних дела која у свом наслову имају термин „животна средина" карактеристично је да садрже одређене описне појмове као нпр.: „у већој мери" – чл. 260, ст.1; чл. 262, ст. 1; чл. 263, ст. 3. и 4; чл. 264, ст. 1; „на ширем простору" – чл. 260, ст. 1; чл. 262, ст.1; чл. 263. ст. 3. и 4; чл. 264, ст.1; „великих размера" – чл. 260, ст. 3; чл. 262, ст. 2; чл. 263, ст. 5 и 6; чл. 266, ст. 3; „да су за отклањање штете потребни дуже време или велики трошкови" – чл. 260, ст. 3; чл. 262, ст. 2; чл. 263, ст. 5 и 6; чл. 266, ст. 3. Сви ови термини, иако су везани за животну средину и прокламују њену заштиту, садржински су ипак доста неодређени а у практичној примени судови, па ни Врховни касациони суд нису

---

[26] Зоран Стојановић, Обрад Перић, *Кривично право посебни део*, Правни фа култет, Београд 2006, 245.

[27] Закон о одговорности правних лица за кривична дела, *Службени гласник РС,* бр.57/08.

заузели одговарајуће правне ставове и то дефинисали. Ипак, може се са сигурношћу закључити да основни циљ овакве регулативе није заштита животне средине као ње саме већ се на такав начин пружа заштита праву човека на здраву животну средину.[28]

5. ПРАВНА ПРИРОДА ОДГОВОРНОСТИ ЗАГАЂИВАЧА

За разлику од класичних основа одговорности за накнаду штете, одговорност загађивача за штету причињену животној средини је по својој правној природи специфична. Та специфичност огледа се како по основу правне одговорности (закон), тако и по потенцијално одговорним лицима и садржини њихове обавезе. Евидентно је да одговорност загађивача може бити различита, па тиме и правна природа те одговорности. Ради прецизнијег опредељења и одређења правне природе те одговорности, најадекватније ју је класификовати према врсти штете за коју се одговара.

Режим одговорности за *штетне последице загађења*, по својој правној природи је јаснији. Она је заснована на класичним принципима одговорности па стога и правна природа те одговорности није спорна. Та одговорност може бити деликтноправна (у шта се може сврстати кривична, прекршајна и одговорност за привредне преступе) као и грађанскоправна одговорност. Штетна последица може наступити како због чињења тако и због нечињења пропуштања предузимања радње која је требало да буде учињена. Овде се одговорност загађивача заснива на кривици, тј. на околности да је штета причињена животној средини проузрокована намерним или непажљивим понашањем. У оваквим случајевима јасно је видљива веза између поступака одговорног лица и причињене штете, а присутан је и субјективни елемент који и даје главно обележје правној природи ове врсте одговорности.

Када је реч о штети причињеној животној средини, загађивач одговара без обзира на властиту кривицу. Другим речима, за ту штету, која је причињена неком активношћу, одговара се према правилима о објективној одговорности. У овом случају, постоји законска

[28] Од преко тридесет важећих закона из тзв. споредног кривичног законо давства у Србији, шест закона садржи одредбе које за предмет регулисања имају заштиту животне средине. То су: Закон о генетички модификованим организмима, *Службени гласник РС*, бр. 41/09 чл. 45, Закон о средствима за заштиту биља, *Служ бени гласник РС*, бр. 41/09 чл. 78, Закон о здрављу биља, *Службени гласник РС*, бр. 41/09 чл. 95, Закон о ветеринарству, *Службени. гласник РС*, бр. 91/05 чл. 154 155, Закон о јавним путевима, *Службени гласник РС*, бр.101/05,123/07 чл. 95, Закон о водама, *Службени гласник РС*, бр. 46/91, 53/93, 67/93, 48/94,5 4/96, 101/05 чл. 114 116.

претпоставка узрочности, али са широм концепцијом узрочне везе између поступка загађивача и причињене штете, тј. сматра се да штета потиче од тог субјекта.

Овај вид законом прописане (објективне) одговорности загађивача, има и додатну специфичност. За постојање одговорности није неопходно да се делатност, или ствар, којом се продукује загађење, буде опасна. Другим речима, правно или физичко лице које својим чињењем или нечињењем доводи до загађења животне средине, одговара за загађење и за штетне последице загађења независно од тога да ли се његова делатност или ствар којом је проузроковано загађење може квалификовати као повећани или абнормални извор опасности за настанак штете. Зато се и каже да у овом случају „загађивач плаћа" а не „загађивач одговара".

Може се констатовати да је овај вид објективне одговорности вишег степена од режима објективне одговорности утврђен Законом о облигационим односима. У томе се и огледа суштинска разлика, јер по Закону о облигационим односима за заснивање објективне одговорности за проузроковану штету неопходно је да штета потиче од опасне ствари, опасне делатности или од производа који се може оквалификовати као дефектно .[29]

Дихотомност објективне одговорности огледа се и у условима за ослобођење од одговорности. У случају наступања штете од загађења, одговорно лице се може ослободити од одговорности ако докаже да његово понашање није било незаконито нити неправилно. Насупрот томе, код проузроковања загађења животној средини, до ослобођења од одговорности може доћи само ако се докаже да је штета последица више силе или самог оштећеника, које су из угла загађивача деловале као виша сила.

У новије време се све више приступа уговорном регулисању заштите животне средине путем тзв. „добровољних уговора"(voluntary agrements). Уговори се склапају између оператера и јавног сектора, путем којих се регулише висина износа и динамика плаћања будућег загађења. Улога оваквих споразума није превасходно усмерена на регулисање питања одговорности већ на прикупљању средстава с циљем њиховог пласмана у заштиту животне средине. Ипак, како се ради о уговорима, у случају непоштовања уговорних одредаба правна природа такве одговорности није спорна. У том случају се може говорити само о извршењу или неизвршењу уговора, а правила уговорног права и принципи одговорности због њиховог неизвршења већ су одавно искристалисани.

[29] М. Караникић Мирић, 478.

6. ЗАКЉУЧАК

Очигледно је да је одрживи развој постао један од основних елемената у одређењу и спровођењу развојних политика како на међународном тако и на националним нивоима. Садржински, одрживи развој подразумева усаглашени концепт економских, социјалних и еколошких захтева. Његова циљна стратегија подразумева равнотежу економског раста (привредног и технолошког развоја), социјалну равнотежу и заштиту животне средине уз рационално располагање природним ресурсима. Реализација свега тога подразумева одговарајући институционални оквир, као и изградњу система одговарајућих правних норми, како на међународном плану тако и у унутрашњим правним системима. Део већ раније установљеног система интегралне заштите животне средине изграђен на класичним принципима одговорности (одговорност по основу деликта и одговорност за причињену штету), по принципу „загађивач одговара“ није могао да пружи адекватну заштиту и успостави баланс између одрживог развоја и одговарајуће заштите животне средине. Решење је тражено кроз одговарајуће економске мере уобличене у правне норме. Принцип „загађивач плаћа“ настао је као решење задовољења таквог захтева.

Иако утемељен на правилима о објективној одговорности, принцип „загађивач плаћа“ доста је специфичан и по условима за одговорност загађивача и по заштитном објекту, као и по условима за ослобођење од овог вида одговорности. Оно што је посебно специфично за овај вид одговорности јесте објективна констатација да овај принцип садржи и укључује одређене сегменте пореске политике економских мера. С друге стране, он се налази на нешто „вишем нивоу“ од класичних основа одговорности, јер за његову примену је довољна само узрочна веза између загађивачевог поступка и штете.

Правна регулатива у Републици Србији, у овој области следила је концепцију режима предвиђеног инструментима ЕУ, пре свега Директиве 2004/35. Закон о заштити животне средине из 2004. године усвојио је концепцију одговорности по принципу „загађивач плаћа“ и тај принцип је прокламован у назначеној Директиви.

Евидентна је чињеница да је почев од 70-их година прошлог века, правна регулатива из ове области, све више прелазила у сферу јавног права. Сада се овај проблем све више враћа на терен приватног права кроз инструменте „добровољних уговора“(voluntary agrements), или „договора о зеленој потрошњи“ (green consumerism), које закључују загађивачи и држава. Иако улога ових споразума није превасходно усмерена на регулисање питања одговорности, у случају њиховог непоштовања одговорност за учињену штету подводи се

под правила о одговорности због непоштовања уговора а то је опет враћање на класичан правни основ одговорности. Но, без обзира на све ове облике одговорности и без обзира на ком правном основу су утемељени, циљ свих ових инструмената јесте да се омогући реализација одрживог привредног развоја и изграде ефикасни правни принципи у погледу превенције и одговорности за настанак (и санацију) штете у животној средини.

Dr Predrag Stojanović

Full Professor
University of Kragujevac, Faculty of Law

Dr Ilija Zindović

Associate Professor
University Business Academy of Novi Sad, Faculty of economy and the judiciary

LEGAL LIABILITY FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND ENVIRONMENTAL PROTECTION

Summary

In this paper, the authors try to classify and explain the legal basis of responsibility in the system balance for sustainable development and environmental protection. The method of analysis of theoretical positions and legal norms conclude that the conventional rules of liability for damage to the environment, in modern terms, they could not provide adequate protection. Identification of new and more efficient basis of liability, it appears necessary. In this sense, the principle of „ polluter pays“ is a special form of strict liability, which, in essence, does not imply a causal relationship between the operator and damage. Despite the fact that this new form of accountability contains certain elements of the tax burden and economic measures, it appears that he has a logic ofits legal existence and economic feasibility .

Key words: *Sustainable development. – Environment protection. – Damage. – Liability.*

УДК 347.736/.739

CERIF: S130

Др Драгор Хибер*

ПОБИЈАЊЕ УГОВОРА О ЈЕМСТВУ У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

Судска пракса у Србији се оштро поделила око питања да ли је уговор о јемству уговор без накнаде, који се може побијати без даљих услова, када јемац падне у стечај, или је у питању теретан уговор.

Питање теретности уговора о јемству је иначе спорно у теорији. По једном мишљењу, овај уговор је увек доброчин, јер насупрот јемчевој обавези не стоји корист коју јемац може очекивати од друге уговорне стране, повериоца. По другом, то је (готово) увек теретан уговор, јер закључујући га, јемац нема намеру дарежљивости (intentio liberalis). Бројна и нијансирана су схватања која се граде на анализи односа између јемца и дужника заснивају се на аргументу да је јемство уговор без накнаде ако је у односу на главног дужника (а не повериоца) постојала intentio liberalis.

У нашој литератури доскора за ово питање није било много интересовања. У једном од ретких написа на ову тему основно становиште је да је јемство посао без накнаде, јер поверилац не даје јемцу никакву противнакнаду. Изузетак може бити, по околностима случаја, јемство матичног друштва за обавезу зависног, ако је оно давањем јемства оправдано очекивало корист у виду повећања вредности акција. Ово схватање је као саветодавно прихваћено од стране привредних судова.

Супротно, у овом чланку се брани став, прво, да се теретност јемства мора процењивати према односу јемца и главног дужника, а не јемца и повериоца, да је јемство по правилу теретно, већ због тога што јемац очекује да ће по основу суброгације остварити од дужника оно што евентуално повериоцу плати на име дужниковог дуга, а да ће изузетно бити бестеретно ако постоји intentio liberalis према главном дужнику. То, међутим, не значи да се јемац одриче права да захтева од дужника плаћено, јер би то био индиректан поклон а не јемство, већ да не постоји накнада за јемчење, директна или индиректна, корист коју јемац од закључења уговора о јемству од главног дужника очекује.

---

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *hiber@ius.bg.ac.rs*

Кључне речи: *Стечај јемца. Уговори без накнаде. Уговор о јемству. Однос јемца и дужника. Побијање уговора о јемству у стечају.*

1. ЛУТАЊЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ У ЈЕДНОМ ВАЖНОМ ПИТАЊУ

Мада правни систем Србије има механизме који треба, у крајњој линији ради остварења уставом гарантоване правне једнакости правних субјеката, да отклоне или бар умање различито судовање у истим ситуацијама, а то најчешће значи и различито тумачење и примену исте правне норме, такве несагласности у судској пракси се дешавају.[1] Ипак, готово као куриозитет (ако се евентуално не ради о смишљеном поступању како би се изазвала брза упућујућа реакција вишег суда) делује чињеница да су *два већа* истог суда, *истог дана*, донела две *супротне* пресуде о истом питању, према истом туженом – јемцу у стечају, и то у примени истог законског правила којим се више деценија непромењено у нашем праву регулише једна иначе веома стара и стабилна правна установа: јемство. Ствар би могла остати на нивоу необичности и без коментара[2] да се не ради о једном теоријски занимљивом и спорном питању, код нас и у упоредном праву, које има и велики практични значај.

У оба случаја тужилац је банка – поверилац, а тужени привредно друштво у стечају у својству јемца – платца (солидарног јемца), које је јемчило за потраживање трећег. Тужбама је тражено да се утврди потраживање тужиоца према туженом – предузећу у стечају. (Тужиоци су били различите банке, а тужени исти стечајни дужник.) Противтужбама је тражено, у оба случаја, побијање уговора о јемству: стечајни управник је захтевао да се утврди да уговор не производи правно дејство, као посао без накнаде.[3] Услов који се односи на време (моменат) закључења побијаног посла (уговора о јемству), односно рок, у оба случаја је био испуњен.

[1] Вид. за један такав случај различите праксе највиших судова па и различитих већа истог (Привредног апелационог суда) мој текст: Драгор Хибер, „Промена повериоца или новација и застарелост“, *Анали Правног факултета у Београду,* бр. 2/2013, 5 и наредне.

[2] Ово питање дотакнуто је у нашој студији о јемству која је део књиге Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања, књига прва,* у делу који разматра особине (правне карактеристике) уговора о јемству, а која је у време завршетка и предаје овог рада на објављивање пред предајом у штампу. Тамо узгредно питање једини је предмет овог текста. Упућивања на тај текст ће бити описна.

[3] Вид. чл. 124 Закона о стечају, *Службени гласник РС,* бр. 104/09, 99/11, 71/12 и 83/14. Вид. за право (и обавезу) стечајног управника да захтева побијање чл. 129, ст. 1 и 2 Закона о стечају, тужбом или противтужбом, чл. 128, ст. 2 Закона о стечају.

Једно веће[4] је прихватило тужбени а одбило противтужбени захтев, нашавши да се поверилац може намиривати из стечајне масе дужника. За спорно питање у овој расправи одлучујући је био став суда да уговор о јемству није посао без накнаде или уз малу накнаду, па се не може побијати по овом основу.

Истоветан захтев другог тужиоца суд[5] је одбио, усвојивши истовремено противтужбу и утврдивши да је „ништав и да не производи правно дејство уговор о јемству закључен између тужиоца, као повериоца и туженог, као јемца пре него што је тужени пао у стечај".

За одлучујуће питање у овим пресудама, одговор лежи у анализи теретности уговора о јемству: је ли он доброчин *или* теретан, или може бити једно или друго, у том случају, од којих елемената или параметара зависи такво његово својство? Корисно је, међутим, пре тога ставити овај уговор у везу са установом стечаја и показати како стечај утиче на јемство. Тај контекст може помоћи у трагању за одговором на основно питање. Показаће се и да теретност или бестеретност уговора о јемству није могуће анализирати ако се овај уговор не посматра као део установе јемства као целине, односно сложеног односа између јемца, повериоца и главног дужника, уређеног не само овим, већ и другим уговорима (*главним,*закљученим између повериоца и дужника, из ког потиче потраживање за које се јемчи, и *уговором о јемчењу,* који по правилу закључују јемац и главни дужник, којим се јемац обавезује дужнику на јемчење), па и законом.

2. ЈЕМСТВО И СТЕЧАЈ

Питање утицаја стечаја на јемство поставља се превасходно за случај стечаја главног дужника.

Јемство је средство обезбеђења потраживања (и) *у крајњој линији* има за функцију да пребаци ризик дужникове инсолвентности са повериоца на јемца.[6] У другим случајевима у којима јемац може

[4] Вид. Пресуду Привредног суда у Нишу, Посл. број 5 П 92/213, од 17.10. 2013. године. Исто правно схватање убрзо после тога, против истог туженог, заузето је у пресуди истог суда Посл. број 6 П 496/2013, од 19. 12. 2013. (Већима је пред седавала иста председница.) Пресуде су из архиве суда.

[5] Вид. Пресуду Привредног суда у Нишу, Посл. број 8 П 98/2013, од *17. 10. 2013* (из архиве суда).

[6] Вид. уместо свих Anne Sophie Barthez, Dimitri Houtcieff, *Les sûretés personnelles, Traité de droit civil,* sous la direction de Jacques Ghestin, Paris 2010 (даље: J. Ghestin, A. Barthez, D. Houtcieff), 1 2.

бити позван на плаћање дужникове обавезе циљ јемства није да дефинитивно алоцира терет потраживања на јемца: пративши, јемац плаћа дуг који је настао као туђ (дужников), а не његов, и због тога му је признато право да од главног дужника тражи оно шта је повериоцу исплатио.[7] С тим циљем уређене су и дужности повериоца чије неиспуњење може да угрози његову могућност намирења: дужност обавештавања јемца о дужниковом пропуштању да исплати своју обавезу о року[8] (у нашем праву неиспуњење повлачи одговорност за штету), пропуштање повериоца да на позив јемца захтева испуњење од дужника[9] или напуштање другог средства обезбеђења потраживања које је имао на располагању, а које би по исплати прешло на јемца.[10]

Стечај дужника, тако, лишава јемца права на *beneficium excussionis sive ordinis,* приговор непоштовања реда намирења, на који се супсидијарни јемац може позвати ако поверилац није претходно неуспешно покушао намирење од главног дужника, у складу са законом.[11] Како је запажено ово и није прави изузетак – нема смисла тражити од повериоца да покуша да судским путем оствари од дужника оно зашта се зна да неће добити.[12]

Чињеница да ризик дужниковог стечаја погађа првенствено јемца а не повериоца, нарочито се показује у непосредним дејствима стечаја на јемство. Јемац дугује и поред тога што је дужник у стечају, односно, *због тога* што је дужник у стечају, и то онолико на колико се обавезао: дуг у целини, укључујући и споредна давања као што су трошкови неуспелог намирења од главног дужника, накнада штете због задоцњења, законска камата, уговорна камата доспела након

7 Вид. Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, 5. изд., Београд 1987, 654 655, Philippe Simler, *Traités, Cautionnement Garanties autonomes Garanties indemnitaires,* 4. éd., Paris 2008, 572.

8 Вид. чл. 1010 Закона о облигационим односима (даље: ЗОО), *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93. Вид. дет. Laurent Aynès, Pierre Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière, Droit civil, C*ollection Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Paris 2011, 131 134.

9 Вид. чл. 1011 ЗОО. Вид. исто чл. 511 ШЗО. Вид. Pierre Tercier, Pascal G. Favre, *Les contrats spéciaux,* 4. éd., Genève Zurich Bâle 2009, 1068 1069.

10 Вид. чл. 1012 ЗОО. Упор чл. 2314 CC, чл. 503 ШЗО, чл. 776 BGB. Вид, за прелазак обезбеђења у поступку суброгације на јемца исплатиоца чл. 300 ЗОО.

11 Вид. нпр. чл. 1004, ст. 2 ЗОО, чл. 773, ст. 1, тач. 3 BGB. Упор. чл. 495. ст. 1 ШЗО. Вид. и чл. 830 СГЗ.

12 Вид. Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 651. Због тога се стечај не појављује као разлог који ће оправдати повериочев захтев за претходним обезбеђењем. Довољно је да се дужниково имовинско стање знатно погоршало. Вид. чл. 1015 ЗОО. Упор. чл. 775 BGB, чл. 506 ШЗО. Слично чл. 2309 CC, који слично право уређује као претход но намирење.

закључења уговора о јемству, уговорна казна,[13] изузев ако се обавезао да јемчи само за део дуга.

Исплативши повериоца, јемац конкурише на наплату по основу суброгације са осталим повериоцима стечајног дужника за кога је јемчио. При томе се неће применити правило да јемац не може дуговати више од главног дужника: и ако дође, применом правила о сразмерној наплати или принудном поравнању до редукције обавезе стечајног дужника, јемац остаје у обавези према повериоцу онолико колико се обавезао.[14]

Јемчево макар и делимично намирење из стечајне масе подразумева пријаву потраживања. Ако је стечај отворен пре него што је јемац измирио повериочево потраживање, поверилац је тај који може (јер јемац до исплате повериоцу нема никакво потраживање према дужнику па ни стечајној маси) и мора (јер ће у противном јемац бити онемогућен да, на основу персоналне суброгације до које је дошло исплатом, захтева испуњење из стечајне масе) да пријави потраживање у стечај. Пропуст повериоца га неће лишити права према јемцу, али ће му дуговати накнаду штете.[15] Јемац ће моћи да пријави потраживање тек по исплати повериоцу, ако то не буде, по правилима стечајног права, закаснело.

Закључак на основу ове скице могао би бити да право, и наше и упоредно, настоји да заштити повериоца у случају стечаја, на терет јемца.

3. ЈЕМСТВО И УГОВОР О ЈЕМСТВУ

Јемство се најчешће дефинише као уговор између јемца и повериоца. У нашем праву „уговором о јемству се јемац обавезује према повериоцу да ће испунити пуноважну и доспелу обавезу дужника ако то овај не учини“.[16] Због тога је традиционално у грађанским

---

13 Вид. чл. 1002 ЗОО. Упор. чл. 499, ст. 1 ШЗО. Вид дет. L. Aynès, P. Crocq, 101 и наредне, P. Simler, 275 и наредне. О обиму јемчеве обавезе детаљно смо писа ли у студији наведеној у фусности бр. 2.

14 Вид. чл. 1007, ст. 2 ЗОО. Упор. за француско право Закон (измене Code de comerce) од 25. јанаура 1985, чл. 169, који слично овлашћује повериоца да се намири од јемца и када је актива главног дужника недовољна да се из ње намири, уз право да покуша да се (делом) намири из остатка дужникове имовине. Вид. дет. Jérôme François, (sous la direction de) Christian Larroumet, *Droit civil, Les Sûretés personnelles,* Paris 2004, 278 279.

15 Вид. чл. 1007, ст. 1 ЗОО, чл. 505 ШЗО. Вид. P. Tercier, P. Favre, 1056 1057.

16 Вид. чл. 997 ЗОО. Упор. чл. 2288 француског Code civil (даље: CC), чл. 765, ст. 1 Немачког грађанског законика (даље: BGB), чл. 492, ст. 1 Швајцарскоог

законицима, па и ЗОО, уврштено у посебан део уговорног права, као један од именованих уговора.[17] Упркос томе, у доктрини је широко брањен став, у различитим нијансама, да је јемство сложен тространи однос. Схватајући јемство као сложену правну установу[18] а не само однос између уговорника, поборници ове концепције сматрају да јемство, поред *односа јемца и повериоца* који је уређен уговором о јемству (али и законом), чија је суштина у јемчевој обавези да исплати повериоцу дужников дуг, када су за то испуњени услови (1), обухвата и однос *између јемца и дужника,* чији је предмет обавеза јемца да са повериоцем закључи уговор о јемству, или пак однос из пословодства без налога, када јемац закључи уговор о јемству без претходног уговора са дужником, али и јемчева права и дужникове обавезе које настају поводом јемчеве исплате дужникове обавезе повериоцу (2), најзад и однос између повериоца и дужника, такође, по правилу, али не и нужно уговорни, којим је одређено потраживање за које се јемчи (3).[19] Дакле, у оквиру установе јемства, по правилу се закључује (најмање) три међусобно повезана уговора. Један је *уговор о јемству,* са којим се као што је речено јемство често изједначава (али се говори и о законском и о судском јемству)[20]. Други је *уговор о јемчењу,* уговор између будућег јемца и дужника којим се јемац обавезује дужнику да ће са повериоцем закључити уговор о јемству (мада да јемчи може и без сагласности па и знања дужника, по основу пословодства без налога).[21] Најзад, трећи је уговор из кога по-

законика о облигацијама (даље: ШЗО), чл. 1346 Аустријског грађанског законика (даље: АГЗ). Вид. уместо многих, за наше право, Слободан Перовић, *Облигационо право*, 7. изд., Београд 1990, 128, за француско J. Ghestin, A. Barthez, D. Houtcieff, 33 34, Philippe Malinvaud, *Droit des obligations,* Litec, Paris 2007, 10. éd., 316, за швајцарско Pierre Tercier, *Le droit des obligations*, Schulthess Verlag, Zürich 2009, 4. éd., 279.

[17] Вид. за две систематизације у упоредном праву и савремене проме не којима се јемство сврстава у опште установе Драгор Хибер, „Појам и предмет јемства у Српском грађанском законику" зборник *Српски грађански законик 170 година,* ур. Милена Полојац, Зоран С. Мирковић, Марко Ђурђевић, Правни факултет у Београду, 2014, 357 и даље.

[18] Вид. у нашем праву за овакав приступ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 646.

[19] Вид. за ово схватање нарочито P. Simler, 16. Упор. Michel Cabrillac, Christian Mouly, Séverine Cabrillac, Philippe Pétel, *Droit des sûretés,* Paris 2010, 35. Упор. и за швајцарско право P. Tercier, P. G. Favre, 1025, који говоре о три повезана правна односа.

[20] Вид чл. 2317 2320 CC, чл. 2347 Грађанског законика Квебека, чл. 2281 ГЗ Румуније који јемства која настану на основу закона или судске одлуке назива оба везним јемствима (*Le cautionnement obligatoire*). Вид. за наше право, уместо других, Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 646 и 648. Вид. и Manuella Bourassin, Vincent Brémond, Marie Noëlle Jobard Bachellier, *Droit des sûretés,* 4. ed., Paris 2014, 10 11, P. Simler, 77 82.

[21] Вид. за правило да се јемчи на основу уговора са дужником нпр. Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 647. Упор. Marc Mignot, *Droit des sûretés,* Paris 2010, 74

тиче уговором обезбеђено потраживање. По правилу се јемчи за потраживање из уговора, мада је теоријски замисливо и јемство за вануговорну обавезу.[22]

Ове напомене треба да укажу да није могуће, или бар не увек, *уговор о јемству* и однос јемца и повериоца на основу овог уговора посматрати изоловано од односа у троуглу јемац – поверилац – главни дужник. Између осталог, трагајући за одговором на питање шта је *пауза* јемчеве обавезе (а поборници примене теорије каузе на готова сва питања уговорног права и теретност уговора ће објашњавати каузом) доктрина излази из оквира уговора о јемству најуже схваћеног, и за каузом трага анализирајући односе странака у овом троуглу.

Полазиште је у ставу да је уговор о јемству једностранообавезан (једностран) уговор, да насупрот јемчеве (акцесорне и условне) обавезе да испуни дужникову обавезу не стоји никаква обавеза повериоца према њему, јемцу. У доктрини је готово јединствен став да је уговор о јемству једностран.[23] Констатује се, истина, да и поверилац, на основу закона има извесне дужности[24] али да оне, засноване на закону, као елемент јавног поретка, не могу овај уговор учинити двострано обавезним.[25] Пошто се кауза јемчеве обавезе не може тражити у контрапрестацији друге стране, она се проналази изван уговора о јемству, у домену односа између сва три учесника у правном одно-

76, J. François, 8, уз навод да је екстремно ретко да се јемац обавезује без споразума са дужником . Вид. за јемство без уговора јемца и дужника чл. 1002, ст. 2 ЗОО, чл. 2290, ст. 2 CC. Вид. за тумачење чл. 499, ст. 1 ШЗО. P. Tercier, P. G. Favre, 1046.

22 Вид. уместо свих, Д. Хибер, 364 и наредне.

23 Вид. нпр. J. Ghestin, A. Barthez, D. Houtcieff, 41 44, M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, 65. P. Simler, 64 65. Упор. Ulrich Drobnig (red.*), Le cautionnement dans le droit des États membres des communautés européennes*, Max Planck Institut, Hambourg 1969, 33, који наводи да се тиме може објаснити захтев да овај уговор буде формалан.

24 Вид. чл. 1012 ЗОО. Упор чл. 2314 CC, чл. 503 ШЗО, чл. 776 BGB, за по вериочеву дужност, засновану законом, да сачува друга средства обезбеђења истог потраживања, под претњом ослобођења јемца од одговорности. Вид. о овоме дет. M. Bourassin, V. Brémond, M. N. Jobard Bachellier, 191 198, M. Mignot, 232 233, Stéphane Piedelièvre, *Droit des sûretés,* (collection dirigée par M. L. Rassat et G. Roujou de Boubée, Paris 2008, 116 118. Вид. и P. Tercier, P. Favre, 1062, Pierre Engel, *Contrats de droit suisse*, *Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184* à *551 CO, ainsi que quelques contrats innommés,* 2. éd., Bern 2000, 653. Вид. и Божидар Павићевић, „Јемство", *Коментар закона о облигационим односима*, ред. Б. Благојевић и В. Круљ, 2. изд., Београд 1983, 2107,

25 Вид. супротно M. Mignot, 54 55, који сматра да су у питању тзв. двостра но несвршени уговори. Вид. за овај појам С. Перовић, 199. Вид. за контроверзе у немачкој литератури, у којој се идеја о једностранообавезном уговору везује за појам теретности, и брани потребом да се обезбеди примена правила о теретним, а не доброчиним уговорима на јемство Јожеф Салма, „Јемство", *Правни живот,* 7 8/1993,721.

су који чини јемство.[26] Лепеза схватања је врло широка, од схватања да је у питању апстрактан уговор,[27] преко тражења каузе у односу између јемца и дужника[28] или, најшире прихваћено, у односу између повериоца и главног дужника.[29]

Могуће је да се иста методологија има применити и на питање да ли је уговор о јемству теретан или доброчин.

4. ТЕРЕТНИ (УГОВОРИ СА НАКНАДОМ) И ДОБРОЧИНИ (УГОВОРИ БЕЗ НАКНАДЕ) И УГОВОР О ЈЕМСТВУ

Подела уговора на теретне и доброчине спада у оне које су сложеније и с више контроверзи него поделе уговора уопште. Један од основа неслагања или забуна је мешање ових уговора с једнострано обавезним и двострано обавезним. Тако, дефинишући теретне СС просто каже да су то они уговори код којих је свака страна обавезна да нешто да или учини, а двострано обавезне као оне код којих се сауговорници узајамно обавезују, један према другом.[30] У литератури се често констатује да једнострано обавезан уговор може бити и доброчин и теретан, зависно од воље странака,[31] док су двострано обавезни увек, или бар по правилу[32] теретни.

Ове две поделе уговора се не изједначавају, а суштина разлике је у томе што се теретност не заснива на узајамности обавеза, већ на узајамности *користи* која може постојати и без узајамности обавеза.[33]

Та узајамност користи, а не постојање контрапрестације као критеријум дефинисања уговора са накнадом, основ има у субјек-

[26] Вид. тако за наше право Оливер Антић, *Облигационо право,* Београд 2007, 163, по коме је кауза јемчеве обавезе зависнаод каузе главне обавезе.

[27] Вид. нпр. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, 63.

[28] Вид. нпр. Jérôme François, (sous la direction de) Christian Larroumet, *Droit civil, Les Sûretés personneles,* Paris 2004, 28: јемац се обавезује са циљем да од дуж ника добије накнаду или да му учини бесплатну услугу.

[29] Вид. нпр. M. Bourassin, V. Brémond, M. N. Jobard Bachellier, 105, A. Barthez, D. Houtcieff, (J. Ghestin), 327 и даље.

[30] Вид. чл. 1106 и 1102, ст. 2 CC.

[31] Вид. С. Перовић, 204, Јаков Радишић, *Облигационо право, општи део,* Бео град, 2004, 127, P. Malinvaud, 47.

[32] Вид. *ibid.* за став да су двостранообавезни увек теретени. Вид. за ублажавање Philippe Delebecque, Frédéric Jérôme Pansier, *Droit des obligations, Contrat et quasi contrat,* 5. ed, Paris 2010, 13.

[33] Вид. P. Delebecque, F. J. Pansier, *ibid.,* Yvaine Buffelan Lanore, Virginie Larribau Terneyre, *Droit civil, Les obligations,* 14. ed., Paris 2014, 248 249. Упор. С. Перовић, 204.

тивном елементу на којем се обично инсистира код доброчиних уговора, тако што се као њихово обележје узима намера дарежљивости, *intentio liberalis.*[34] Објективно схватање доброчиност види у смањењу имовине односно бесплатном добијању користи.

Када се уговор о јемству посматра одвојено, изван контекста установе јемства која обухвата односе између три лица, повериоца, јемца и дужника, постоје озбиљни аргументи да се квалификује као доброчин. Насупрот јемчеве обавезе не само да не стоји нека обавеза повериоца, већ би постојање такве обавезе, односно користи коју јемац остварује од повериоца променило природу овог уговора у неку врсту осигурања, а та корист би наликовала премији из осигурања.[35] Јемац може од дужника наплатити своју услугу јемчења, али је не наплаћује од повериоца, па нема узајамности. За повериоца су неважни јемчеви мотиви, и правни режим јемства се због карактера тих мотива не мења.[36]

Ако се, међутим, јемство анализира као укупан однос, а нарочито ако се у анализу укључи и однос између јемца и дужника, више је аргумената за став да је јемство теретно. С једне стране, код јемца не постоји *intentio liberalis* према повериоцу: мада јемац не очекује корист директно од повериоца, он нема ни намеру да своју имовину умањи у његову корист. У односу према дужнику јемац, с једне стране, очекује да ће, за случај да буде позван да повериоцу плати дуг, кроз правило о персоналној суброгацији или на основу директне тужбе[37]исплаћено од њега добити натраг. И више од тога, нарочито у привредним односима, с друге стране, јемчи се по правилу уз накнаду коју дужник плаћа јемцу. Нарочито код таквог јемства, у тој накнади се тражи аргумент да је уговор о јемству теретан.[38] Треба додати и да, као што би плаћање за јемство од стране повериоца променило квалификацију овог уговора у осигурање, одрицање јемца од права да захтева од дужника плаћено претворило би јемство у индиректан поклон[39], или приступање дугу.

---

34 Вид. нпр. С. Перовић, *Ibid.,* Y. Buffelan Lanore, V. Larribau Terneyre, 249. Упор. Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel Munck, *Droit civil, Les Obligations,* 4.éd., Paris 2009, 201. У преднацрту реформе облигационог права у Француској из 2005. године (*Avant projet Catala) L'avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, чл. 1102, ст. 2, тач. 1 и 2, *намера* добијања користи унета је у појам теретних, а *намера* давања користи без добијања нечег за узврат у појам доброчиних уговора.

35 Вид. A. Barthez, D. Houtcieff, (J. Ghestin), 42, и ту цитиране изворе.

36 Вид. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, 66.

37 Вид. чл. 1013 ЗОО, чл. 2305 CC, чл. 507, ст. 3 ШЗО за захтев јемца за на кнаду плаћеног на основу правног односа са дужником.

38 Вид. тако поред многих, P. Simler, 69 и наредне, J. François, 22 23.

39 Вид. M. Bourassin, V. Brémond, M. N. Jobard Bachellier, 58.

Супротстављени аргументи навели су неке аналитичаре да закључе да је јемство у односу на ову поделу неутрално:[40] нити постоји корист која се очекује насупрот прихваћене обавезе, нити постоји *intentio liberalis.* Овим ставом се проблем квалификације заобилази, а занемарује његова практична важност. Поред питања које се овде анализира, могућност да се уговора о јемству у стечају побија као бестеретан, ова квалификација може бити од значаја, на пример, за побијање уговарања јемства које може да доведе до повреде нужног дела јемчевог наследника, или код располагања заједничком имовином – одлука о доброчином располагању не може бити акт редовног управљања.

Аргументи у прилог једне и друге квалификација могу водити, међутим, схватању да уговор о јемству може бити и уговор са накнадом и уговор без накнаде, како то сугеришу и две супротне одлуке које су повод овог текста. Сазнајна вредност овакве констатације неће бити нарочита ако се поред ње не одговори на два питања, или бар на друго од њих: да ли је уговор о јемству теретан или бестеретан *по правилу*, да ли се претпоставља теретност или бестеретност, и који су то за овај уговор *специфични разлози, критеријуми* који ће га сврстати у другачији правни режим од претпостављеног.

Интересантно је при томе видети какви су ставови о овом питању у нашој доктрини.

У нашој старијој литератури у односу на сва располагања стечајног дужника брањена је идеја о *претпоставци теретности*, тј. за побијање по овом основу је увек било потребно доказати *animus donandi*. Ипак, изношена је и контра тврдња да бестеретност укључује *animus donandi*,[41] па нема разлога да то не важи и за уговор о јемству. Став да је уговор о јемству доброчин, брањен је и изједначавањем, односно поређењем ове поделе уговора с поделом на једностране и двостране. Једнострани уговори су доброчини, уговор о јемству је једностран, па је стога и доброчин,[42] гласи силогизам. Само је нешто другачија дедукција по којој је уговор о јемству једностран зато што га карактерише одсуство накнаде.[43] Најкраће, претпоставка на којој се ово изједначавање заснива је спорна, њена оправданост би довела у питање разлоге за постојање једне од две поделе уговора.[44]

[40] Вид.. L. Aynès, P. Crocq, 91 92, слично M. Bourassin, V. Brémond, M. N. Jobard Bachellier, 57 58.

[41] Вид. Томица Делибашић, *Право побијања правних радњи стечајног дуж ника,* док. дис., Правни факултет у Београду, 1988, 315 и преглед ставова ту изнет.

[42] Вид. овако нпр. Ј. Салма, 721.

[43] Вид. Stojan Cigoj, *Obligacijsko pravo, splošni del*, Ljubljana 1962, 390.

[44] Ако се и може бранити став да је сваки двострано обавезни уговор тере тан, не стоји да је сваки једностранобавезни доброчин. Вид. тако С. Перовић, 204, Р.

Релативно скоро, и то управо с обзиром на могућност, односно услове за његово побијање у стечајном поступку, у чланку објављеном у овом часопису, Вук Радовић,[45] је изнео став да је уговор о јемству *доброчин,* да га је, дакле, могуће побијати по правилима о побијању дужникових послова без накнаде. Аутор ипак дозвољава да уговор о јемству буде посао са накнадом, односно да се изузетно може доказивати да је у конкретном случају теретан. Аргументација за оба става, правило и изузетак, релативно је штура – текст настоји да анализира побијање свих дужникових доброчиних правних радњи у стечају, па је то и разумљиво, делом и није довољно јасна. Ипак потенцијално има непосредан утицај на ставове који се заузимају у нашем правосуђу,[46] па ће бити, у даљем тексту, анализирана и оспорена.

У чланку је основни, принципијелни став аутора изнет лапидарно: „Такође, испуњење, преузимање, или *обезбеђење* туђег дуга, без добијања противредности, *представља доброчину правну радњу*", стоји у тексту.[47] Исказ је у неку руку таутолошки утолико што се тврди да је доброчина (без накнаде) правна радња без добијања противвредности (накнаде), али је став аутора јасан, јер у даљем излагању дозвољава изузетак од правила да је „давање обезбеђења" „правна радња без накнаде".[48] Заправо, констатација да је уговор о јемству уговор без накнаде није посебно образложена, већ се заснива на ауторовом схватању појма доброчиног посла, које је, чини се, објективно.[49]

Malaurie, L. Aynés, P. Stoffel Munck, 201. Упор. различито M. Bourassin, V. Brémond, M. N. Jobard Bachellier, 57.

45 Вид. Вук Радовић, „Побијање правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду у стечајном поступку", *Анали Правног факултета у Београду,* бр. 1/2013, нарочито 80 81 и 83.

46 Вид. Привредни апелациони суд, *Двадесетдруго саветовање судија при вредних судова, Радни материјал*, Златибор 2014, 255. И основни став (да је уговор о јемству уговор без накнаде јер „при закључењу уговора о јмству јемац не добија накнаду нити неку другу имовинску корист или противредност од друге уговорне стране повериоца, а по правилу ни од дужника за чије обавезе је навединим уго вором јемчио. Стога се уговор о јемству у принципу сматра правним послом без накнаде односно бестеретним уговором", изузетак је дословно преузет из текста В. Радовића, па се наводи да се „правном радњом без накнаде неће сматрати давање обезбеђења од стране матичног друштва за кредит који узима зависно друштво, иако је ова правна радња на први поглед бестеретна јер матично друштво од ње ипак има или може имати користи које су евидентне кроз повећање вредности акција зависног друштва".

47 Вид. В. Радовић, 80 81.

48 *Ibid.*, 83.

49 То је правна радња којом „дужник умањује сопствену имовину у корист другог лица, при чему не добија противредност, не постоји никаква накнада, радња

Исти правни режим, онај предвиђен за послове без накнаде, па и код побијања у стечајном поступку, аутор превиђа за све случајеве *обезбеђења туђег дуга*, односно *давање обезбеђења*. У претпоставци да су овим изразима обухваћени уговори којима се заснивају сва (различита) средства обезбеђења, и стварна (у даљем тексту за пример стварних биће узето заложно право) и лична, која се заснивају на јемству као базичном,[50] које је предмет ове анализе, ваља указати на неке од разлика које постоје између ових средстава обезбеђења, које могу бити од значаја за одговор на питање да ли су (сва подједнако) у принципу теретна или доброчина.

Прво, код заложних права, залогодавац је, по правилу, дужник из обезбеђеног потраживања. Ако се остави по страни, а то је могуће за ово питање, повериочево право следовања, заложно правни однос настаје између две стране, заложног *повериоца* и заложног *дужника.* Изоловано посматран, сам уговор о залози, *iustus titulus* за настанак заложног права, заиста, не предвиђа контрапрестацију друге стране, залогопримца, па би се могао квалификовати као бестеретан, али би се исто тако могло размишљати и о томе да је обавеза повериоца, којој одговара дужникова која је залогом обезбеђена, на пример зајам, противвредност због које се залогодавац на залогу обавезује. Ако он ту вредност не оствари, ако кредитор не испуни своју обавезу, па обезбеђено потраживање не настане, заложно право ће бити ефикасно оспорено.[51] Али независно од тога, побијање овог уговора као доброчиног, због стечаја залогодавца, када је залогодавац дужник, може да противуречи, поред осталог, правилима стечајног поступка која се односе на разлучно право заложног повериоца; побијаће се евентуално дуг обезбеђен залогом ако је доброчин, а не уговор о залози, изузев ако је он закључен с циљем оштећења других, односно привилегисања тог повериоца, али тада је разлог побијања други, па су и други услови за побијање.[52]

Супротно, јемац се обавезује за туђ дуг, па је, као што је наговештено, теретност или доброчиност јемства могуће анализирати и у другим односима који настају у троуглу поверилац – дужник – јемац.

је у искључивом интересу друге стране. Вид. В. Радовић, 79. Ово се понавља у ци тираном тексту Привредног апелационог суда. Вид. фусноту 46.

50 Вид. Д. Хибер, 354. Упор. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, 30.

51 Вид. чл. 30, ст. 5, тач. 1 Закона о хипотеци, *Службени гласник РС,* 115/05, чл. 41, ст. 6 Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, *Службени гласник РС,* бр. 57/03, 61/05 и 64/06.

52 Вид. чл. 119, ст. 1 Закон ао стечају (за оштећење односно привилегисање других поверилаца) и чл. 121 (за давање обезбеђења као облик неуобичајеног намирења).

Друго, делимично повезано, када јемац исплати дужникову обавезу долази до персоналне суброгације: по самом закону јемац исплатилац може да од дужника захтева оно шта је дужник био обавезан да плати повериоцу, а шта је платио он.[53] Намирење повериоца из заложене ствари не даје заложном дужнику, непосредно, никакво право; намирење је коначно, и установивши заложно право он не може да очекује, као што може јемац, надокнаду за чињеницу да ће његова ствар или право на којима је установљена залога бити уновчени, и да ће се из добијеног износа наплатити поверилац. То је очигледно ако је залогодавац истовремено и дужник; он не дугује надокнаду самом себи.

Другачије размишљање је евентуално могуће ако је залога установљена за туђ дуг, када у заложном односу постоје три лица, поверилац, дужник обезбеђеног потраживања и залогодавац, власник заложене ствари или права. Чињеница да је залога реализована не даје међутим ни тада залогодавцу, сама по себи, у нашем заложном праву, никакво право према дужнику, он нити суброгира, нити може да регресира.[54]

Ова битна разлика дозвољава претпоставку да се очекивање остварења права из суброгације може третирати као корист коју ће јемац остварити, насупрот обавези да плати дужников дуг. Инсолвентност дужника није оно нашта он логично рачуна закључујући уговор о јемству.[55] У супротном, као што је наведено, закључен уговор би престао да буде уговор о јемству и постао индиректан поклон и могао би се побијати као уговор без накнаде. Ово, сматрам, укључује и ситуацију када је јемац знао за (рђаво) стање солвентности дужника које ће га вероватно довести до стечаја.[56]

---

[53] Вид. чл. 1003 ЗОО, чл. 2306 CC. Упор. чл. 774, ст. 1 BGB, чл. 507 ШЗО.

[54] До персоналне суброгације ће, међутим, доћи када залогодавац, као лице које за то има правни интерес, исплати дужников дуг. Вид. чл. 300 ЗОО. Исплатив ши дуг за другог залогодавац се, међутим понаша попут јемца, испуњава обавезу на начин који је предвиђен за јемца, а не трпи намирење из ствари која служи као обезбеђење. Зато се залагање за туђ дуг у француском праву назива „стварноправно јемство" (*cautionnement réel)*. Вид. о cautionnement réel дет. P. Simler, 23 30. И у не мачком праву важи претпоставка да је залогодавац за туђ дуг истовремено јемац, односно да је истовремено уговорено јемство. Тражење, *de lege ferenda,* да се зало годавац за туђ дуг истовремено сматра јемцем у нашем праву, с једне стране, за њега може значити погодност, јер ће имати право на суброгацију, али ће с друге он за дужников дуг тада одговарати целокупном имовином, а не само заложеном стварју.

[55] Упор. L. Aynès, P. Crocq, 92, који наглашавају да је разлика јемства и до брочиних уговора, у првом реду поклона, у очекивању накнаде за плаћено.

[56] Вид. фусноту 39. Упор. *ibid*., по којима индиректан поклон постоји када је јемац у моменту закључења уговора могао рачунати на инсолвентност дужника. Вид. и чл. 492, ст. 4 ШЗО који забрањује јемчево одрицање од права, укључив и права на основу суброгације. Вид. за овакву судску праксу у Француској J. François,

Сматрајући да је уговор о јемству по правилу, начелно, без накнаде у чланку у коме је брањен овај став (и у цитираном одговору на питање датом од стране Апелационог суда) као изузетак је наведен случај јемства које матично друштво уговара за кредит који узима њему зависно, јер може рачунати на индиректну корист која се састоји у повећању вредности акција зависног друштва.[57] Идеја о овом изузетку се може оспоравати. Када се има у виду наше тржиште акција, мотив пораста вредности акција једног друштва његовим задуживањем не делује реално, а ако се ради о индиректном инвестирању у зависно друштво и није у питању јемство, већ поклон или индиректни зајам. Независно о тога, може се поставити питање да ли и зашто ова могућност важи само за акционарска друштва. Даље, није лако замислити критеријуме на основу којих ће се утврђивати постојање и реалност оваквог очекивања користи код јемца. Мада постојање узрочне везе између кредита и повећања вредности акција јесте спорно, ова идеја је значајна јер теретност везује за *однос јемца и дужника.* Уочавања значаја такве везе у комерцијалним односима вредно је по себи. Ипак, за правну праксу је важније уочити да ли се јемац прихвата јемства уз накнаду од дужника.[58] Ако ће се теретност јемства ценити на основу односа јемца и дужника, ситуација у којој се уговором о јемчењу дужник обавезује јемцу на накнаду за јемчење, може се сматрати довољним аргументом да се уговор о јемству квалификује као теретан. Та накнада може бити индиректна.

22. Наравно, ради се о знању за инсолвентност, а не о отвореном стечају; у другом случају уговор о јемству не би могао да буде закључен. Вид. за заблуду о солевент ности уместо многих, J. Ghestin, A. Barthez, D. Houtcieff, 225. Упор. P. Tercier, P. G. Favre, 1038, који лаконски наводе да се заблуда може односити на личност главног дужника па додаје да се, с обзиром на то да је у питању алеаторни уговор, јемац не може ослободи обавезе тврдећи да је било за веровати да главни дужник неће никад постати инсолвентан.

[57] Вид. В. Радовић, 83. Када се ради о јемству зависног друштва за дуг ма тичног, или за сестринско друштво, могућност доказивања теретности није могућа. (У тексту стоји, техничком омашком, да се такви уговори не могу сматрати бесте ретним, као што је и омашка, на страни 81, да је у парници за побијање противник побијања доташњи дужник; то је, наравно, поверилац.)

[58] Вид. за теретан уговор о јемчењу, који као јемац закључује професионалац (банка и сл.), као комерцијални уговор, уместо свих, M. Bourassin, V. Brémond, M. N. Jobard Bachellier, 58 60. Упор. и M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, 43 46. Вид. за позицију банке као јемца и P. Tercier, P. G. Favre, 1026 1027, који наводе да је у банкарској пракси Швајцарске цена оваквог јемства 1.5 3% од износа за који се јемчи, за јемство уговорено за тромесечни период.

5. ЗАКЉУЧАК

Дилеме суда које су резултирале супротним одлукама о истој ствари, како је описано на почетку, нису без разлога. Питање да ли је уговор о јемству уговор са накнадом или без накнаде веома је деликатно.[59] Слажем се с онима који бране тезу да уговор о јемству није могуће посматрати изоловано од укупности односа између повериоца, јемца и дужника. На то упућује, поред осталог, акцесорна природа јемства, која га чини зависним у односу на уговор између повериоца и дужника. У прилог оваквог приступа говоре и права која јемцу према дужнику гарантује закон, и којих се пре реализације јемства не може одрећи, а да уговор о јемству не промени своју природу. У светлу свих ових односа, а не само уговора поверилац – јемац није прихватљиво уговор о јемству *a priori* сматрати доброчиним. Таква квалификација може бити спорна и када се има у виду функција јемства, управо везано за право на побијање уговора у стечајном поступку. Ако, наиме, у стечајној маси јемца има средстава, нема посебног и очигледног разлога за привилеговање других поверилаца у односу на повериоце на основу јемства, а то би био резултат априорног елиминисањем уговора о јемству тако што ће се квалификовати као доброчин. Поверилац је рачунао на јемство као средство заштите од инсолвентности главног дужника, његово потраживање, посебно код уговора у привреди, по правилу није доброчино.

Начелно је могуће да јемство у конкретном случају буде квалификовано као уговор са накнадом или без накнаде. Убедљиво делује претпоставка да јемац уговор о јемству закључује рачунајући да ће суброгацијом у права повериоца добити од дужника оно шта је за њега платио. То је нарочито наглашено код јемства за потраживања из комерцијалних уговора, а код њих се једино и поставља питање ове квалификације с обзиром на могућност побијања у стечају. Тешко је замисливо да комерцијална правна лица закључују овај уговор као пријатељску услугу јемца дужнику, изузев када се ради о повезаним лицима, па би се у том случају, супротно предложеном изузетку, могла утврђивати бестеретност. Најзад, имајући у виду да је право иначе строже према јемцу за таква потраживања,[60] закључио бих:

(1) уговор о јемству је начелно теретан уговор. Он ће то свакако бити ако се јемац прихватио јемства уз накнаду, али и без тога, ако не постоје посебни разлози који указују на супротну квалификацију;

[59] Вид. за дословце овакву квалификацију различито M. Bourassin, V. Brémond, M. N. Jobard Bachellier, 57.

[60] Вид. нпр. за претпоставку солидарности јемства чл. 1004, ст. 4 ЗОО, чл. 2298 CC.

(2) јемство ће бити доброчино ако се у односу између јемца и дужника може утврдити *intentio liberalis,* када је јемство прихваћено као пријатељска услуга дужнику, код које јемац често олако држи да неће бити позван на плаћање.[61]

Dr Dragor Hiber

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

AVOIDING SURETY CONTRACTS IN BANKRUPTCY PROCEDURE

Summary

Serbia's courts jurisprudence has divergent attitudes with respect to the dilemma whether a surety contract represents a contract without consideration, which may be avoided once the guarantor is subject to bankruptcy procedure without any additional conditions, or an onerous contract.

Whether a surety contract is an onerous one has anyhow been disputed in the legal theory. One school of thought considers this contract as non-onerous one, since *vis-a-vis* guarantor's obligation no benefit to be expected from the other contractual party (i. e. creditor) exists. The other school of thought understands surety (almost always) as an onerous contract bearing in mind that the guarantor who enters into this contract does not have *intentio liberalis*. There are numerous and nuanced views based on analyses of the relation between a guarantor and a debtor focused on the argument that surety is a contract without consideration if *intentio liberalis* existed *vis-a-vis* main debtor rather than *vis-a-vis* creditor.

Our legal literature did not pay much attention to that issue until recently. In a rare text dedicated to it the author's basic standpoint is that surety represents a contract without consideration. An exception, depending on the circumstances of the case, could be surety given by a parent company for the obligation of a subsidiary, provided the former reasonably expected a benefit in terms of an increase in the value of shares. Commercial courts followed such reasoning.

[61] *Простосрдачно јемство* како га назива Живојин Перић (вид. Живојин Перић, *Специјални део грађанског права, II Облигационо (тражбено) право, Други део, Специјални део (облигационог) тражбеног права,* Београд 1934, 29, *јемство из кафеа,* како га називају у швајцарском праву (вид. P. Engel, 638).

In this article an opposite stance has been argued. Namely, the onerousness of surety must be assessed based on the relation between the guarantor and the main debtor rather than between the guarantor and the creditor. As a rule, surety is an onerous contract because the guarantor expects to collect from the debtor through subrogation the amount he paid to the creditor; exceptionally, surety may be a non-onerous contract if *intentio liberalis* existed *vis-a-vis* main debtor. However, this does not mean that the guarantor gives up his right to claim from the debtor the amount paid because otherwise such transaction would represent an indirect gift rather than surety. This does mean that there is no remuneration for surety – a benefit the guarantor could expect from entering into a surety contract.

Therefore, the author rejects the approach followed by a number of Serbia's courts that bankruptcy trustee may request a declaration that, in accordance with the rules on avoiding debtor's transactions, a surety contract has no legal effects.

Key words: *Guarantor's bankruptcy.– Contracts without consideration.– Surety contract.– Relation between guarantor and debtor. – Avoiding of surety contracts in bankruptcy.*

УДК 340.133:342.724(497.11); 342.25:323.15(497.11)

CERIF: S112, S148

Др Тамаш Корхец*

НЕТЕРИТОРИЈАЛНА САМОУПРАВА НАЦИОНАЛНИХ МАЊИНА У СРБИЈИ
Правни оквир и њене недоречености у светлу одлуке Уставног суда Србије

Самоуправа националних мањина, која може бити обезбеђена како на територијалном, тако и на нетериторијалном (персоналном) принципу, представља институт јавног права помоћу којег се обезбеђује ефикасно учешће припадника националних мањина у јавном животу и одлучивању у једној држави. У правном поретку Републике Србије, самоуправа националних мањина гарантована је Уставом и остварује се путем националних савета националних мањина, први пут изабраних 2002. године. Самоуправа националних мањина остварена путем изабраних националних савета и њено законско уређење изазвали су политичке и правне полемике, што је довело до великог броја иницијатива за оцену уставности Закона о националним саветима националних мањина 2010. и 2011. године. О уставности оспорених одредаба Закона Уставни суд Србије донео је одлуку почетком 2014. године. Овај рад посвећен је уставноправној анализи те одлуке, којом је Уставни суд ауторитативно разрешио нека отворена уставноправна питања и тако допринео бољем разумевању овог института, али је истовремено, због очитих мањкавости и недоследности у изнетим ставовима и схватањима, изазвао и недоумице у вези с правним оквиром самоуправе националних мањина у Србији.

Кључне речи*: Колективна права. Самоуправа националних мањина. Јавна овлашћења националних савета. Ограничење мањинских права. Уставни суд Србије.*

---

* Аутор је ванредни професор Факултета за правне и пословне студије „Др Лазар Вркатић“ Универзитета УНИОН, *tkorhecz@tippnet.rs*

1. ЗАШТИТА НАЦИОНАЛНИХ МАЊИНА И ЊИХОВО ПРАВО НА САМОУПРАВУ ПОЈАМ И МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ

Већина модерних држава сврстава се у ред такозваних националних држава и заснована је на постулатима либералне демократије, утемељеним на претпоставци да је становништво – политичка нација, културно и језички хомогена. Стварност, међутим, вековима уназад не одсликава овако пројектовано стање – готово све националне државе имају етничко-језички хетерогено становништво, у многима традиционално живе грађани чији се језик, култура и вера разликују од већинске групе.[1] Због неуспешности, како мера за хомогенизацију становништва, тако и већине покрета за осамостаљење, те због признавања и заштите универзалних људских права, данас све више преовладава став да се стабилност вишенационалних држава највише постиже признавањем посебности и правном заштитом националних мањина у оквиру недељивих држава. Уз забрану дискриминације и уз посебна индивидуална права, све већи значај у заштити националних мањина добијају и права и мере које обезбеђују делотворно учешће припадника националних мањина у јавном животу и одлучивању, такозвана колективна права. Путем ове групе права настоји се омогућити припадницима националних мањина да сами одлучују или да делотворно учествују у доношењу општих и појединачних аката јавне власти који се тичу одређене националне мањине. Наиме, без оваквих права и мера, формално учешће припадника националних мањина у централизованом демократском одлучивању често доводи до тога да се глас мањина „не чује" у органима у којима се доносе одлуке, односно до тога да у етнички осетљивим питањима, у процесу демократског одлучивања, представници националних мањина буду прегласани од стране представника етничке већине.[2] Право делотворног учешћа у јавном животу може се обезбедити уз следеће мере државе: а) позитивне мере чији је циљ да се обезбеди присуство представника националних мањина у законодавним и представничким телима и консултације с њима; б) учешће припадника националних мањина у органима извршне власти и управи; в) мерама које омогућавају да припадници националних мањина одлучују о оним јавним пословима које су од

[1] D. J. Smith, „Minority Territorial and Non Territorial Autonomzy in Europe: Theoretical Perspectives and Practical Challenges", *Autonomies in Europe: Solutions and Challangess* (ed. Z. Kántor), L'Harmattan, Budapest 2014, 15.

[2] A. Eide, „The Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities", *Usynergies in Minority Protection European and International Law Perspectives* (eds. K. Henrard, R. Dunbar), Cambridge University Press, Cambridge 2009, 139.

посебног значаја за њих, путем територијалне или нетериторијалне (културне) самоуправе.[3] Када је реч о делотворном учешћу мањина у јавном животу и одлучивању, међународне стандарде представља чл. 15 Оквирне конвенције за заштиту националних мањина, заједно с тумачењима и схватањима насталим у процесу мониторинга од стране органа Савета Европе, као и Препоруке из Лунда (1999) Високог представника за националне мањине ОЕБС-а о делотворном учешћу националних мањина у јавном животу.[4]

Међу различитим механизмима за делотворно учешће у одлучивању, посебно место има право на самоуправу или аутономију коју аутори често сматрају највишим правом у хијерархији мањинских права.[5] Суштина аутономије или самоуправе националних мањина јесте да јавним телима, која представљају националну мањину, држава уставом и законом повери одређене надлежности – јавна овлашћења која омогућују да у питањима повезаним с посебностима националне мањине одлучују припадници националне мањине, односно њихови представници.[6] У случају територијалне самоуправе, јавна овлашћења се преносе на територијалну јединицу с посебним правним статусом унутар државе и која је традиционално и претежно насељена припадницима националне мањине.[7] На органе територијалне самоуправе држава чешће преноси неке нормативне и извршне, а ређе судске надлежности. Када је у питању нетериторијална самоуправа, надлежности, најчешће у области културе и образовања, преносе се на органе и тела које образују припадници националне мањине, најчешће независно од подручја на коме живе. У теорији се често истиче да је предност нетериторијалне самоуправе у односу на територијалну у томе што се она може применити и у случају националних мањина које нису бројчано велике и концентрисане у неком подручју државе, затим за национално мешовита подручја, те да се у случају нетериторијалне самоуправе не захтева територијално разграничење и не појављује се опасност од територијалних подела и сецесије.[8] С друге стране, нетериторијална самоуправа и друга колективна права националних мањина захтевају идентификацију припадника националне мањине, то јест одређивање

[3] M. Weller, „Effective Participation of Minorities in Public Life“, *Universal Minority Rights* (ed. M. Weller), Oxford University Press, Oxford 2007, 479 480.

[4] *Ibid.*, 480.

[5] G. Burnner, H. Küpper, „European Options of Autonomy: A Typology of Autonomy Models of Minority Self Governance“, *Minority Governance in Europe* (ed. K. Gál), Open Society Institute, Budapest 2002, 20.

[6] M.Weller, 480, G. Burnner, H. Küpper, 19, 21, 27.

[7] D. J. Smith, 17.

[8] *Ibid.*

ко припада групи, као и представничка тела демократски изабрана од стране припадника националне мањине.[9] Нетериторијална самоуправа националних мањина, као концепт, први пут се јавља код аустромарксиста Карла Ренера и Ота Бауера.[10] а први пут остварена је у Естонији, двадесетих година двадесетог века, као решење за бројчано мале и расуте националне мањине,[11] а данас је обезбеђена махом у неким посткомунистичким државама источне и средње Европе као што су Словенија, Мађарска, Хрватска и Србија, у којима због одређених историјских искустава постоји снажан отпор према територијалним облицима самоуправе.[12]

2. НЕТЕРИТОРИЈАЛНА САМОУПРАВА НАЦИОНАЛНИХ МАЊИНА У СРБИЈИ

У Србији, колективно право националних мањина на самоуправу у области образовања, културе, обавештавања и службене употребе језика и писма, било је први пут признато Законом о заштити права и слобода националних мањина Савезне Републике Југославије 2002. године. Законске одредбе о праву на самоуправу и о националним саветима су конституционализоване 2003. године и нашле су се у уставу Србије и Црне Горе, а 2006. године и у Уставу самосталне Републике Србије.[13] У остваривању овог колективног права национални савети имају уставом прописану функцију: „Ради остварења права на самоуправу у култури, образовању, обавештавању и службеној употреби језика и писма, припадници националних мањина могу изабрати своје националне савете, у складу са законом".[14] Иако национални савети Уставом нису изричито дефинисани као тела путем којих се остварује нетериторијална самоуправа, многи теоретичари, као што је на пример М. Јовановић, сагласни су да национални савети за-

[9] М. Јовановић, „Постоје ли колективна права"?, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2008, 36.

[10] O. Bauer, *The Question of Nationalities and Social Democracy,* University of Minnesota Press, Minneapolis, London 2000.

[11] D. J. Smith, J.Hiden, *Ethnic Diversity and the Nation State: Cultural Autonomy Revisited*, Routledge, London 2012.

[12] W. Kymlicka, „National Cultural Autonomy and International Minority Rights Norms", *Ucultural Autonomy in Contemporary Europe* (eds. D.J.Smith, K.Cordell), Routledge, London 2008, 43 57.

[13] Према чл. 75, ст. 2 Устава „Путем колективних права припадници националних мањина, непосредно или преко својих представника, учествују у одлучивању или сами одлучују о појединим питањима везаним за своју културу, образовање, обавештавање и службену употребу језика и писма, у складу са законом". Устав Републике Србије, *Службени гласник РС,* бр. 98/06.

[14] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС,* бр. 98/06, чл. 75, ст. 3.

право представљају нетериторијалне самоуправе у складу с Препорукама из Лунда Високог комесара за националне мањине.[15] Закон којим је омогућено остваривање и уживање колективних права из чл. 75 Устава и којим је целовито уређен положај, избор, надлежност и финансирање националних савета изгласан је тек у другој половини 2009. године. Закон о националним саветима националних мањина[16] (у даљем тексту: Закон о националним саветима) у Народној скупштини изгласан је апсолутном већином гласова народних посланика, али без довољно широког политичког консензуса, те је од почетка предмет различитих политичких и правних критика. Према Закону о националним саветима чланове савета бирају припадници националних мањина на републичком нивоу и њихов број може бити од 15 до 35, у зависности од броја припадника националних мањина које представља. Регистар изабраних савета води министарство надлежно за људска и мањинска права.[17] Закон о националним саветима детаљно уређује избор савета.[18] Према примарном начину, савет бирају непосредно, тајним гласањем, држављани Републике Србије с правом гласа, који се добровољно упишу у посебан бирачки списак одређене националне мањине, према правилима пропорционалног изборног система.[19] Средства за финансирање савета обезбеђују се из буџета Републике Србије, из буџета аутономне покрајине, из буџета локалне самоуправе, донација и других извора.[20] Одредбе о надлежностима савета налазе се у Глави 3. Закона о националним саветима. У четири области надлежности можемо поделити у четити подврсте: 1) самостално одлучивање у питањима која се тичу образовања, културе, јавног информисања и употребе језика и писма одређене националне мањине; 2) учествовање у доношењу општих и појединачних аката локалних, покрајинских и републичких органа које се тичу образовања, културе, јавног информисања, и службене употребе језика и писама, као и учеставаље у управљању образовних и културних установа у овим областима путем давања мишљења, педолога или сагласности; 3) преузимање, делимично или у целости, оснивачких права над установама у области образовања и културе од Републике Србије, Аутономне Покрајине Војводине или јединице локалне самоуправе.

---

[15] М. Јовановић, „О правној природи националних савета националних мањина“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2013, 262.

[16] Закон о националним саветима националних мањина (ЗНС), *Службени гласник РС,* бр. 72/09, 20/14, 55/14.

[17] *Ibid*. чл. 3, ст. 1.

[18] *Ibid*. чл. 29 109а.

[19] *Ibid*. чл. 28 и чл. 44.

[20] *Ibid*., чл. 114.

3. ПОСТУПАК ПРЕД УСТАВНИМ СУДОМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ ЗА УТВРЂИВАЊЕ УСТАВНОСТИ ЗАКОНА О НАЦИОНАЛНИМ САВЕТИМА

Иако су припадници националних мањина у Србији, Европска унија и друге међународне организације поздравили доношење Закона о националним саветима, као унапређивање заштите људских и мањинских права, део стручне и политичке јавности у Србији изнео је различите критике на његов рачун. Посебно су оспораване превелике надлежности националних савета у односу на јавне установе у области образовања и обавештавања, као и систем непосредног избора савета на основу посебних бирачких спискова припадника националних мањина. Током 2010. и 2011. године, Уставном суду Републике Србије (у даљем тексту: УСС) упућено је од стране грађана и различитих удружења укупно осам иницијатива за оцену уставности Закона о националним саветима. У оквиру тих иницијатива оспорена је уставност укупно 36 чланова Закона о националним саветима. Решењем о покретању поступка за оцену уставности појединих одредаба УСС је одбацио иницијативе у случају већине оспораваних одредаба Закона о националним саветима, с образложењем да су иницијативе очигледно неутемељене, односно да образложење иницијатива не представља основ за покретање поступка. УСС је решењем одбацио иницијативе којима су оспорене одредбе о надлежностима савета у области културе и службене употребе језика и писма, одбачена је иницијатива којом је оспоравана уставност права савета да постане оснивач медија, иницијатива којом је оспоравана уставност одредаба о успостављању посебног бирачког списка и о изборном поступку, као и иницијатива којом је оспораван начин расподеле буџетских средстава саветима.[21] За разлику од већ наведених одредаба, УСС је заузео став да је оправдано покренути поступак за оцену уставности у случају великог броја одредаба које се налазе у оквиру 14. члана Закона о националним саветима.[22] Након одбацивања већине иницијатива у припремној фази поступка, цео уставноправни спор је сведен на разматрање уставности надлежности, односно јавних овлашћења националних савета, и то првенствено у областима образовања и обавештавања.

3.1. Одлука Уставног суда у вези са спорним одредбама закона

Својом одлуком, донетом почетком 2014. године, УСС је оценио неуставним укупно десет чланова Закона о националним савети-

[21] Решење Уставног суда Републике Србије број ИУз 882/2010 од 17. јануара 2013, 1.

[22] *Ibid.*

ма, неке у целини, а неке у одређеном делу. У случају седам одредаба из пет чланова одбио је иницијативу и потврдио да су у складу са Уставом.[23]

УСС је оценио неуставним чл. 10, тач. 6 закона на основу кога је савет овлашћен да оснива установе, удружења, фондације, привредна друштва изван области образовања, културе, обавештавања и службене употребе језика и писма и у областима која су од значаја за очување идентитета националне мањине. Затим, као неуставан оцењен је чл. 10, тач. 12, којим је прописано овлашћење савета да иницира покретање поступка пред УСС за заштиту права припадника националне мањине у случају кршења уставом и законима зајемчених права. Потом чл. 10, тач. 15, којим је прописано да аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе могу својом одлуком поверити савету поједине послове из своје изворне надлежности; чл. 12, ст. 1, тач. 2 који прописује овлашћење савета да предложи три члана органа управљања у школама и предшколским установама за које утврди да су од посебног значаја за националну мањину. Затим чл. 12, ст. 1, тач. 5 којим је прописано да савет даје претходну сагласност приликом избора директора васпитно-образовних установа у којима се у већини одељења настава изводи на језику националне мањине, односно у васпитно-образовним установама које су од посебног значаја за националну мањину. Неуставним је оцењен и чл. 12, ст. 3 којим је прописано овлашћење савета оне националне мањине чији је удео у укупном становништву територије јединице локалне самоуправе најмање 1%, да даје претходно мишљење приликом избора и разрешења органа управљања у установама ученичког и студентског стандарда са седиштем на територији те јединице локалне самоуправе. Затим чл. 12, ст. 4 на основу кога је савету дато овлашћење да даје претходно мишљење у поступку избора органа управљања оних високошколских установа чији је оснивач аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе; чл. 15, тач. 7 закона којом је савет овлашћен на давање мишљења у поступку доношења одлуке о утврђивању броја ученика који се уписују у средње школе и на стручну доквалификацију; чл. 19, ст. 2 закона којим је прописана могућност да савет у целости или делимично преузме оснивачка права установа или јавних предузећа чији су оснивачи Република, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе и који искључиво или претежно емитују програм на језику националне мањине; чл. 20, тач. 1–4 закона, на основу којих је савет овлашћен да путем мишљења и предлога учествује у управљању јавних сервиса који емитују програм на језику националне мањине; чл. 23 којим је прописана ништавност за акте донете без одговарајућег предлога или мишљења савета; чл. 24 закона којим је Република Србија, ау-

[23] Одлука Уставног суда Републике Србије број ИУз 882/2010, *Службени гласник РС,* бр. 20/14.

тономна покрајина или јединица локалне самоуправе обавезана да, као оснивач, у целости или делимично пренесе на национални савет оснивачка права појединих образовних, културних или медијских установа; чл. 25, ст. 1 у делу у којем је омогућено да савет, поред органа државне управе, упути различите предлоге, иницијативе и мишљења Народној скупштини и Влади; чл. 25, ст. 3 који обавезује Народну скупштину и Владу да у својим пословницима уреде начин учешћа савета у поступку доношења одлука; чл. 26 ст. 2–4 који је обавезао органе аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе да размотре иницијативе и предлоге савета које се односе на положај националне мањине и чл. 27, ст. 1 којим је прописано да национални савет може да сарађује с државним органима матичне државе.

У случају неколико одредаба Закона о националним саветима, које су оцењене као уставноправно спорне, УСС је одбио предлоге и утврдио да су те одредбе уставне. Ове одредбе су набројане у тачки 2 Одлуке УСС. Реч је о следећим одредбама закона: чл. 2 ст. 2 (право савета да оснива привредна друштва), чл. 10, тач. 10 (на основу ове одредбе савет учествује у припреми прописа који се тичу права националне мањине), чл. 10, ст. 11 (право савета да иницира доношење прописа и предузимање мера у областима од значаја за очување идентитета, с циљем остваривања пуне равноправности), чл. 10, тач. 13 (право савета на покретање различитих поступака за заштиту права у случају кршења права припадника националне мањине), чл. 11, ст. 3 (Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе могу пренети у целости или делимично оснивачка права предшколске установе, школе, дома ученика или студентског дома на савет), чл. 13, тач. 3 (савет даје мишљење о наставном плану и програму предмета српски језик као нематерњи језик) и чл. 14 (савет даје претходну сагласност у поступку давања дозволе за коришћење уџбеника и наставних средстава, чија садржина изражава идентитет националне мањине и предлаже коришћење и увоз уџбеника из предмета језик националне мањине). У овом делу Одлуке, УСС је изрекао и једно опште ограничење према којем се највећи део „оснажених“ одредаба примењује у складу са условима формулисаним у 6. делу образложења Одлуке.[24]

4. КРИТИЧКА АНАЛИЗА ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ БР. ИУ-З-882/2010

Одлучивање у овом предмету представљало је посебно велики изазов за УСС, будући да се није могао непосредно ослонити на своје претходне одлуке, опште ставове и тумачења Устава, нити на

[24] Одлука Уставног суда Републике Србије број ИУз 882/2010, *Службени гласник РС,* бр. 20/14, 36.

раније заузете доктринарне ставове. Наиме, у току свог полувековног постојања, УСС није био у прилици да изврши нормативну контролу закона који уређује права припадника националних мањина, нити се бавио правом на самоуправу националних мањина. Такође, УСС није могао значајније да се ослони ни на одлуке бивших савезних уставних судова.[25] Управо из тих разлога, УСС је у образложењу своје одлуке формулисао низ општих, доктринарних ставова и схватања у вези с циљевима и значајем посебних права националних мањина и у вези с правом на самоуправу. У првом делу анализе синтетизоваћемо ове опште ставове, а након тога, анализираћемо правну и логичку утемељеност и доследност образложења суда за касирање неких одредаба Закона о националним саветима.

4.1. Општа схватања и ставови УСС у вези с посебним правима националних мањина и колективним правом на самоуправу

У образложењу своје одлуке, нарочито у делу 5. образложења, УСС покушао је да доктринарно тумачи природу, циљеве и неопходност гарантовања и заштите посебних права припадника националних мањина, као и да одреди садржину колективног права на самоуправу, место, улогу и правни статус националних савета у правном поретку Републике Србије.

На почетку свог образложења, УСС наглашава „...да би припадници националних мањина уживали стварну равноправност с већинским становништвом, није довољно само признати им право да се слободно изјашњавају као припадници односне мањине и забранити њихову дискриминацију, већ је неопходно осигурати им и читав низ посебних права, као што су: право на неговање сопствене културе и традиције, право на образовање на матерњем језику, право на информисање на матерњем језику, право на оснивање сопствених организација, право на делотворно учешће у животу друштва, итд.“.[26] УСС овакав свој општи став поткрепљује цитирајући поједине одредбе Оквирне конвенције за заштиту националних мањина Савета Европе (1995), Декларације Генералне скупштине УН од 18. децембра 1992. о правима припадника етничких, верских и језичких мањина, те Смернице Високог комесара за националне мањине ОЕБС-а из 2011. године (тзв. Љубљанске смернице).[27]

[25] Бивши Уставни суд Савезне Републике Југославије бавио се питањем пра ва националних мањина и националним саветима само у једној одлуци, али ни у тој одлуци се није бавио надлежностима националних савета. Вид. Одлуку Уставног суда СРЈ бр. У 181/2002, 193/2002 и 197/2002 од 20. новембра 2002, *Службени лист СРЈ,* бр. 66/02.

[26] Одлука Уставног суда Републике Србије број ИУз 882/2010, *Службени гласник РС,* бр. 20/14, 47.

[27] *Ibid.*, 47 48.

УСС осврнуо се и на улогу Закона о националним саветима који „има за циљ разраду свих зајемчених права из Устава и потврђених међународних уговора и обезбеђивање такве стабилности, односно тога да сви грађани, без обзира на етничку припадност, прихвате Србију као своју државу, као и онемогућавање, односно стварање бране свакој врсти асимилације припадника националних мањина... При томе овлашћења националних савета из Закона о националним саветима националних мањина начелно посматрано се не могу посматрати као кршење једнакости грађана који живе у њој и на њеној територији, већ као постулат стварне једнакости“.[28]

Након што је изнео своје схватање о односу између заштите права мањина и принципа једнакости, УСС је изнео своја општа схватања о колективним правима и праву на самоуправу која је зајамчена у чл. 75, ст. 2 и 3 Устава. Према тумачењу УСС, колективно право на учествовање у одлучивању, односно одлучивање, које јемчи чл. 75, ст. 2 Устава, у суштини је право на самоуправу, зајамчено у ст. 3 овог члана. Оно се остварује путем могућности избора савета у складу са законом. Према схватању УСС, одлучивање и учествовање у одлучивању, односно самоуправа у наведеним областима, „представља учешће у извршавању закона којима су уређене наведене области друштвеног живота, што значи поверавање појединих јавних овлашћења националној мањини као колективитету...изабрани савет националне мањине представља и онај правно уобличени субјект коме се законом, сагласно чл. 137, ст. 2 Устава могу поверити поједина јавна овлашћења у области културе, образовања, обавештавања и службене употребе језика и писма“. [29]

УСС је кратко изнео и своје схватање о правном карактеру савета: „национални савет националне мањине има карактер посебног (недржавног) тела – организације која представља институционални облик путем кога се у Уставом утврђеним областима друштвеног живота које су значајне за очување идентитета националне мањине (култура, образовање, обавештавање и службена употреба језика и писма), остварују колективна права националне мањине (право на самоуправу) у тим областима, тако што се националном савету законом поверавају одређена јавна овлашћења да учествује у одлучивању или да самостално одлучује о појединим питањима из ових области, водећи при томе наравно рачуна о природи овлашћења која се поверава“.[30]

[28] *Ibid.*, 47.

[29] Одлука Уставног суда Републике Србије број ИУз 882/2010, *Службени гласник РС,* бр. 20/14, 48.

[30] *Ibid.*

Доктринарни значај имају и неки други ставови УСС који нису изложену у 5. делу образложења, него приликом оцене уставности појединих одредаба закона, а тичу се овлашћења савета према одређеним јавним установама, посебно према образовним установама чији је оснивач држава и финансирају се из буџета. Поводом тог питања, УСС истиче да уставна обавеза државе и аутономне покрајине „да обезбеде школовање припадницима националних мањина на њиховом језику не значи да се та обавеза може извршавати мимо припадника националних мањина и њихових представника (у овом случају националних савета националних мањина), већ управо подразумева њихово учешће у тим процесима“.[31] На другом месту УСС, такође, износи опште схватање овлашћења савета да преузме, у целости или делимично, оснивачка права васпитно-образовних установа чији је оснивач држава, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе: „нема уставноправних сметњи да се превиди законска могућност да се у срединама у којима такве установе већ постоје, а које је раније већ основала Република, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе, дође до делимичног или у целини преноса оснивачких права над таквом установом на национални савет“.[32] Ови начелни ставови УСС су посебно значајни, будући да су иницијатори поступка пред УСС и други критичари Закона о националним саветима истицали да управо оваква законска овлашћења савета подривају уставни положај државне управе и мењају политички систем.[33]

У вези са изложеним општим доктринарним ставовима УСС о посебним правима припадника националних мањина, о колективном праву на самоуправу и карактеру националних савета, можемо истаћи да су они у основи логички кохерентни и консеквентни и да су у највећем делу засновани на преовлађујућим ставовима теорије и усклађени са стандардима релевантних међународних организација у вези с правима националних мањина.

Ипак, изложени доктринарни ставови и схватања су мањим делом недоречени и непотпуни. С једне стране, УСС је пропустио да – у складу с преовлађујућим схватањима теорије и стандардима међународног права – дефинише националне савете као облик нетериторијалне самоуправе или организације културне аутономије. С друге стране, УСС није прецизно одговорио на основна питања: зашто је потребно обезбедити самоуправу припадницима националних

[31] Одлука Уставног суда Републике Србије број ИУз 882/2010, *Службени гласник РС,* бр. 20/14, 52.

[32] *Ibid*., 51.

[33] В. Ђурић „Јавна овлашћења нетериторијалне аутономије у правном систе му Републике Србије“, *Правна ријеч*, 35/2013, 197.

мањина и зашто је потребно, у извршавању закона, уско повезаних с идентитетом националних мањина обезбедити саветима одређена јавна овлашћења.

Из свега што је УСС навео у вези са саветима, произлази да су они – у складу са преовлађујућим ставом правне и политичке теорије (укључујући и домаће ауторе), али и у складу с обавезним и меким стандардима међународног права и међународних организација – организације културне аутономије и облик нетериторијалне самоуправе.[34] Ипак УСС их не дефинише на тај начин. Тешко је разумљиво да УСС, приликом позивања на међународне стандарде, ни на једном месту не помиње Препоруке Високог комесара за националне мањине ОЕБСА о делотворном учешћу припадника националних мањина у јавном животу из Лунда (1999), иако тај документ, према општем схватању свих релевантних међународних организација (као и струке), представља општеприхваћени (необавезујући) стандард у вези са самоуправом националних мањина.[35] УСС, такође, занемарује редовне извештаје које је Република Србија слала Савету Европе о примени Оквирне конвенције за заштиту националних мањина, у којима се национални савети представљају као облик делотворног учешћа националних мањина у јавном животу и доследно се дефинишу као облици културне аутономије националних мањина.[36] Такође, став УСС о карактеру савета остао је умногоме недоречен. УСС је савете дефинисао исувише уопштено и недовољно прецизно. Поједини аутори аргументовано су указали на то да су савети заправо нетериторијалне самоуправе, више „државна“, не приватна тела, слична јединицама локалне самоуправе.[37]

Као што смо раније навели, УСС је приликом формулисања доктринарних ставова пропустио да одреди циљ и сврху обезбеђивања колективног права на самоуправу националних мањина, УСС само констатује да учествовањем у одлучивању и одлучивањем у овим областима „национална мањина обезбеђује очување свог идентитета“.[38]

[34] М. Јовановић (2013), 262, Т. Варади „Мишљење о уставноправним питањима која се постављају поводом оспорених одредаба Закона о националним саветима Изнето на јавној расправи пред Уставним судом 2. јула 2013. године“ *Правни записи* 2/2013, 419 420, T. Korhecz, „Non Territorial Autonomy in Practice: The Hungarian National Council in Serbia“, *Autonomies in Europe: Solutions and Challangess* (ed. Z. Kántor), L'Harmattan, Budapest 2014, 152.

[35] M. Weller (2007), 480.

[36] Други периодични извештај достављен од стране Србије на основу чл. 25, ст. 1 Оквирне конвенције за заштиту националних мањина (примљен 4. марта 2008) АЦФЦ/СР/ИИ (2008) 001, 363.

[37] М. Јовановић (2013), 264 265.

[38] Одлука Уставног суда Републике Србије број ИУз 882/2010, *Службени гласник РС,* бр. 20/14, 48.

Према међународних стандардима и према ставовима правне и политичке теорије, самоуправа националних мањина омогућује да националне мањине одлучују и управљају с оним јавним пословима који се на њих односе.[39] Без самоуправе, органи власти под демократском контролом етничке већине у етнички осетљивим питањима редовно би доносили одлуке против интереса националних мањина.[40] У областима која имају везу с етницитетом, државни апарат није неутралан и изразито је склон да (посебно приликом извршења закона) буде пристрастан и да одлучује уз ниподаштавање интереса националне мањине.[41] Овакав став је веома јасно формулисао и Врховни суд Канаде у одбрани права на самоуправу у области образовања француске језичке мањине у пресуди из 1990. године: „...есенцијално је важно... да тамо где то бројчаност омогућује, родитељи деце која припадају мањинском језику имају одређени степен управљања и надзора над образовним установама у којима уче њихова деца. Овакво управљање и надзор је неопходан за развој њихове културе. То је неопходно јер многа питања у вези с управљањем образовањем, као што су наставни програми, запошљавање, финансирање имају језичке и културне конотације“.[42]

Иако је УСС, у својим општим ставовима о правима припадника националних мањина, генерално подржао концепт Закона о националним саветима, па чак и јавна овлашћења националних савета у односу на поједине (државне) установе, касирао је велики број одредаба о надлежностима националних савета, посебно оних у области образовања. Поставља се оправдано питање на којим одредбама Устава, односно на каквом тумачењу тих одредаба је утемељен став УСС о њиховој противуставности?

4.2. Однос закона о националним саветима и секторских закона – јединство правног поретка

Више одредаба Закона о националним саветима УСС је прогласио противуставним јер нису у складу с одредбама секторског закона којим се регулише „систем“ у датој области, те се на тај начин крши начело јединства правног поретка, зајемчено чл. 4, ст. 1 Устава.[43] Овакво правно схватање УСС отвара различите недоумице

---

[39] K. Myntti, *A Commentary to the Lund Recommendations on the Effective Participation of National Minorities*, Institute for Human Rights Abo Academy University, Turku/Abo 2001, 41. Weller (2007), 479 480, G. Burnner, H. Küpper, 19.

[40] A. Edide, 139.

[41] W. Kymlicka, *Multicultural Citizeship*, Clarendon Press, Oxford 1995, 83.

[42] Supreme Court of Canada, Mahevs.Alberta (1990) 1. S.C.R., 371 372.

[43] Позивајући се на овакву врсту колизије између закона, УСС је касирао следеће надлежности националних савета: покретање поступка за заштиту права

и питања. УСС је већ пре 2014. године заузео став да се Уставом зајемчено јединство правног поретка крши уколико одредба закона о одређеном питању није у складу с одредбом закона који то питање уређује на системски начин, детаљно и целовито (секторски закон). У једној одлуци из 2012. године УСС је утврдио колизију између два пореска закона и том приликом је изнео схватање према коме јединство правног поретка „начелно искључује могућност да се законом којим се уређује једна правна област могу мењати, односно допуњавати поједина законска решења садржана у закону којим се уређује друга правна област". [44] УСС је на сличном начелном правном схватању засновао своју одлуку којом је касирао велики број одредаба Закона о утврђивању одређених надлежности Аутономне покрајине Војводине.[45] Без изричите уставне одредбе о хијерархији различитих закона, колизија међу њима може се превазићи помоћу правила тумачења, или у поступку њиховог извршења и примене, нарочито путем праксе редовних судова. Међутим, чак и да уставносудски активизам УСС сматрамо прихватљивим с циљем хармонизације правног поретка, примена овог начелног схватања на одредбе Закона о националним саветима, и то на начин којим се непосредно ограничавају Уставом гарантована мањинска права – крајње је упитна. Позивајући се на јединство правног поретка, УСС је заправо ограничио једно уставно мањинско право, а у неким случајевима можда и саму суштину тог права. За такво схватање УСС није могао да нађе основа ни у својим ранијим одлукама, пошто оне никада нису довеле до ограничавања неког људског или мањинског права гарантованог Уставом. При том, УСС уопште није размотрио правну чињеницу да је за доношење Закона о националним саветима била потребна квалификована већина,[46] док за такозване секторске законе таква већина није потребна,[47] нити је расправио уставно-правно питање да ли је секторски закон неуставан пошто не садржи одредбу о самоуправи националних мањина и о овлашћењима савета, или одредба коју садржи гарантује ужа овлашћења савета од оних која су прописана у

припадника националних мањина (чл. 10, тач. 12), право на давање мишљења у по ступку именовања органа управљања у ученичким и студентским домовима (чл. 12, ст. 3), право на давање мишљења у поступку одређивања броја уписаних у средње школе (чл. 15, тач. 7), преузимање оснивачких права медија од јединица локалне са моуправе (чл. 19, ст. 2), учествовање у управљању у установама јавног сервиса (чл. 20, ст. 1 4), учествовање у доношењу неких одлука јединица локлане самоуправе (чл 26, ст. 2 4).

[44] Одлука Уставног суда Републике Србије број ИУз 225/2005, *Службени гласник РС,* бр. 57/12, 21.

[45] Одлука Уставног суда Републике Србије број ИУз 353/2009, *Службени гласник РС,* бр. 67/12, 26, 34, 35.

[46] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС,* бр. 98/06, чл. 105, ст. 3.

[47] *Ibid.*, чл. 105, ст. 1.

Закону о националним саветима. На ова питања одлука УСС не даје одговоре, иако на једном месту у образложењу одлуке УСС истиче да, приликом оцене сагласности оспорених одредаба са Уставом, треба поћи од „...одредаба закона којима се на системски начин уређује област образовања...али водећи рачуна и о томе да су одредбе тих закона сагласне суштини колективних права припадника националних мањина“.[48] УСС је тако указао, дакле, на значај овог питања, али приликом касирања великог броја конкретних одредаба ово уставноправно питање уопште није размотрио. Та правно-логичка недоследност УСС посебно је уочљива у случају оцене уставности чл. 20, ст. 1–4 Закона о националним саветима. Ове одредбе, којима је прописано учешће савета у поступку именовања органа управљања јавних сервиса, УСС је касирао позивајући се на њихову неусаглашеност с одредбама Закона о радиодифузији,[49] а да при томе није ни размотрио да ли су одредбе Закона о радиодифузији[50] – које за савете не прописују никаква овлашћења у управљању јавним сервисима – уставне, односно није размотрио да ли таква законска решења крше суштину колективног права припадника националних мањина на самоуправу у области јавног обавештавања! С тим у вези, судија УСС др Агнеш Одри-Картаг у свом издвојеном мишљењу истиче: „Ефекат касације ових одредби је да у случају неких националних мањина одредба члана 75. Устава у случају обавештавања на матерњем језику постаје лишена сваког садржаја...ускраћивањем и минималног утицаја на избор органа руковођења (давање мишљења), национални савети остају без икаквог утицаја у овој области“.[51] Оваквим ставом УСС заправо демантује уставну одредбу, као и широко прихваћени став према коме је уставни суд главни заштитник људских и мањинских права.[52]

4.3. Рестриктивно тумачење права на самоуправу

Поред јединства правног поретка и неусклађености с одредбама секторских закона, УСС је одредбе Закона о националним саветима касирао и на основу става да оне излазе из оквира права нацио-

[48] Одлука Уставног суда Републике Србије број ИУз 882/2010, *Службени гласник РС,* бр. 20/14, 51.

[49] *Закон о радиодифузији, Службени гласник РС,* бр. 42/02, 97/04, 76/05, 79/05, 62/06, 85/06, 86/06, 41/09.

[50] *Закон о радиодифузији, Службени гласник РС,* бр. 42/02, 97/04, 76/05, 79/05, 62/06, 85/06, 86/06, 41/09.

[51] Одлука Уставног суда Републике Србије број ИУз 882/2010, *Службени гласник РС,* бр. 20/14, 63.

[52] О улози уставног суда као главног заштитника људских и мањинских пра ва вид. Ц. Рибичич „Људска права и уставна демократија уставни судија између негативног и позитивног активизма“, Службени гласник, Београд, 2012.

налних мањина, да саветима непотребно дају прешироко овлашћења. Пример представља касирање следећих одредаба: чл. 10, тач. 6, чл. 12, ст. 1, тач. 5 и све одредбе чл. 24 Закона о националним саветима.

Чланом 10, тач. 6 омогућено је да национални савет оснива установе, удружења, фондације и привредна друштва и у другим областима, ван образовања, културе, обавештавања и службене употребе језика и ван области које су значајне за очување идентитета националне мањине. Ову одредбу УСС је касирао с образложењем да је уставотворац применом принципа *numerus clausus* у чл. 75, ст. 2, без могућности проширења, одредио да национални савети остварују самоуправу искључиво у области културе, образовања, обавештавања и службене употребе језика и писма, те стога они могу оснивати установе, привредна друштва итд. само у овим областима. Овакво рестриктивно тумачење већине у УСС оспорила је судија Агнеш Одри-Картаг у свом издвојеном мишљењу. Она је навела да циљ уставне одредбе чл. 75, ст. 2 није да ограничава законодавца у погледу остваривања уставног права на самоуправу, него да омогући што доследније остваривање тог права.[53]

Други карактеристичан пример за ограничавајуће правно тумачење мањинских права од стране УСС представља касирање чл. 12, ст. 1, тач. 5 Закона о националним саветима, којом је прописано да национални савет даје претходну сагласност за именовање директора васпитно-образовне установе у којој се у већини одељења образовно-васпитни рад изводи на језику националне мањине, односно која је проглашена установом од посебног значаја за националну мањину. Према схватању УСС „учешће у одлучивању не може („се“ примедба аутора) претворити у право ‘вета’, већ се, пре свега изражава кроз давање мишљења и предлога“,[54] а прописивањем да савет даје претходно мишљење законодавац је „изашао изван мера за остваривање додатних права припадника националних мањина“.[55] Своје схватање УСС је поткрепио с два аргумента. Као прво, УСС истиче да се у оваквим васпитно-образовним установама (додуше, у мањем делу) образују и ученици који не припадају националној мањини. Као друго: „За разлику од самосталног одлучивања, учествовање у одлучивању, и према Оквирној конвенцији Савета Европе, значи консултацију с органом који доноси одлуку...и не може („се“ примедба аутора) претворити у право вета...“. [56] Основна

[53] *Ibid.*, 61.

[54] *Ibid.*, 52.

[55] *Ibid.*

[56] Одлука Уставног суда Републике Србије број ИУз 882/2010, *Службени гласник РС,* бр. 20/14, 52.

мањкавост првог аргумента УСС јесте то што оспорава целокупан концепт посебних права мањина, па и доктрину коју је сам формулисао у истој одлуци. Да подсетимо, УСС је изнео опште схватање да посебна права припадника националних мањина представљају Уставом прописано и неопходно одступање од формалне једнакости грађана, као и да остваривање права на самоуправу захтева да национални савети учествују у управљању васпитно-образовним установама чији је оснивач држава, и у којима се настава најчешће изводи на више језика. Оспореном одредбом законодавац је овластио савет да у случају изузетно малог броја (у односу на њихов укупан број) образовних установа које су посебно значајне за образовање националне мањине, приликом избора директора, националном савету обезбеди не само право на давање необавезног мишљења, него и право да даје претходну сагласност. Овом одредбом законодавац је управо учинио оно на шта га уставни оквир посебних мањинских права обавезује: обезбедио је делотворан утицај националног савета у управљању оним образовним установама које превасходно служе образовању на језику националне мањине, односно које имају посебан значај за образовање на језику националне мањине. Треба истаћи да, према оспореној одредби и према релевантним одредбама просветних закона, одлуку о именовању директора установе не доноси национални савет самостално, него заједно са школским одбором и с министром просвете, а то су органи који недвосмислено представљају и оне ученике који не припадају националној мањини, те их према томе савет не представља.[57]

Према другом аргументу УСС, право на давање претходне сагласности на именовање директора не представља учествовање у одлучивању према Оквирној конвенцији о заштити националних мањина Савета Европе. Приликом оцене уставности одредбе чл. 12, ст. 1, тач. 5, УСС овакав став уопште не поткрепљује аргументима, не цитира и не тумачи одређену одредбу, већ тај став само констатује. Додуше, аналогијом можемо закључити да је УСС овакав став засновао на ономе што је претходно навео у вези са чл. 15 Оквирне конвенције у 5. делу образложења. На том месту УСС је изложио да је у Објашњењима Савета Европе која се односе на чл. 15 Оквирне конвенције наведено да се делотворно учешће припадника националних мањина у културном, друштвеном и економском животу и јавним односима, између осталог, остварује консултацијама с припадницима националних мањина путем одговарајућих поступака, а посебно по-

[57] Према закону, у овим школама именовање директора установе врши школски одбор (у школском одбору су представници националног савета, родитеља ученика, и запослених). На ту одлуку претходну сагласност даје национални савет, а сагласност даје министар. Вид. Закон о основама система образовања и васпитања, *Службени гласник РС,* бр. 72/09, 52/11, 55/13, чл. 60.

средством институција које их представљају.[58] Приликом изношења оваквог става, УСС једноставно прећуткује да се делотворно учешће припадника националних мањина према Оквирној конвенцији и Објашњењима остварује и на друге начине, као што су различити „облици децентрализације власти“.[59] Оквирна конвенција никако не даје основа за став да се претходна сагласност не сматра учествовањем у одлучивању. Као прво, језик и формулације одредаба Оквирне конвенције прилично су еластичне и омогућују широку слободу уговорним странама – потписницама приликом извршења обавеза, па тако и у случају делотворног учешћа.[60] Ставови и тумачења савета експерата, који већ десет година врши мониторинг имплементације Оквирне конвенције, не дају никакав основ за овакво ограничавајуће тумачење чл. 15. Напротив, ставови и тумачења експерата управо подржавају такав облик учешћа у одлучивању, штавише, различити облици територијалне и нетериторијалне самоуправе националних мањина управо произлазе из чл. 15 Оквирне конвенције.[61] Став УСС да учествовање у одлучивању подразумева, пре свега, давање мишљења и предлога, веома је тешко бранити. На ово је указао и академик Варади. Према његовим речима, стварно уставноправно питање јесте да ли је само овлашћење за давање мишљења довољно за постојање самоуправе, односно „у многим оспореним одредбама реч је о давању мишљења, чиме се заиста једва достиже праг учешћа у одлучивању“.[62] Судија Одри-Каргат, у свом издвојеном мишљењу, изнела је додатне аргументе против касирања овог овлашћења савета. Она је указала на то „да правна теорија и позитивно право јасно дефинишу модалитете учешћа у одлучивању, односно у доношењу појединачних правник аката...учешће у одлучивању може бити у облику претходног мишљења, претходне сагласности или сагласности – одобрења или потврде (чл. 194 Закона о општем управном поступку...)“.[63]

Трећи пример ограничавајућег тумачења права на самоуправу националних мањина представља касирање чл. 24 Закона о нацио-

---

58 Одлука Уставног суда Републике Србије број ИУз 882/2010, *Службени гласник РС,* бр. 20/14, 47.

59 Објашњења.

60 A. Eide, 140.

61 *Ibid*., М. Велер, „Критичка оцена првих резултата мониторинга Оквирне конвенције о питању делотворног учешћа припадника националних мањина (1998 2003)“ *Попуњавање оквира пет година мониторинга Оквирне конвенције за за штиту националних мањина*, Војвођански центар за људска права, Нови Сад 2005, 76.

62 Т. Варади, 428.

63 Одлука Уставног суда Републике Србије број ИУз 882/2010, *Службени гласник РС,* бр. 20/14, 62.

налним саветима. На основу тог члана, Република Србија, аутономна покрајина, односно јединица локалне самоуправе обавезане су да у целости или делимично пренесу оснивачка права одређених установа образовања, културе или обавештавања, чији је оснивач, на савет, и то: ако се радило о васпитно-образовним установама у којима се настава изводи искључиво на језику националне мањине, ако се ради о културним установама чија је основна делатност очување и развијање културе националне мањине, или се ради о установама обавештавања које обавештавају искључиво на језику националне мањине. Поред њих, та одредба примењивала се и на установе које су проглашене установама од посебног значаја за националну мањину. Неусаглашеност ове одредбе са Уставом УСС је образложио тиме што је заузео став да пренос оснивачких права не може да зависи искључиво од једностране иницијативе националног савета, него и од процене тренутних оснивача. С обзиром на то што је држава обавезна да грађанима, па тако и припадницима националних мањина, обезбеди остваривање одређених права, што се у неким областима обезбеђује управо оснивањем одговарајућих установа, пренос оснивачких права на тим установама може да се оствари искључиво заједничком вољом, а не једностраном одлуком савета.[64] Оваква тумачења Варади је оспорио и навео да ни према чл. 24 „пренос оснивачких права не зависи искључиво од воље националног савета, већ од воље законодавца...Но, чак и када је реч о установама које функционишу искључиво на мањинском језику, не постоји обавеза потпуног преношења оснивачких права“, односно оснивач и савет имају одређену уговорну слободу.[65] Након одлуке УСС, управо је досадашњи оснивач дошао у ситуацију да, у случају иницијативе савета, без образложења одбије чак и делимичан пренос оснивачких права. Након одлуке УСС, чак и у случају установа најважнијих за идентитет националне мањине, пренос оснивачких права зависи искључиво од жеље садашњих оснивача. Управо та ситуација доводи до онога што се желело избећи обезбеђивањем права на самоуправу: да најважније одлуке за припаднике националне мањине приликом извршења закона доносе они органи који су под контролом етничке већине.

4.4. Стручно-занатски недостаци у одлуци УСС

Образложење одлуке садржи неке недостатке и нетачности које нису у вези са стандардима и доктрином мањинских права. Такав случај представља образложење за касирање одредбе чл. 12, ст. 4. Према ставу УСС, одредба којом је национални савет овлашћен

[64] *Ibid.*, 57.

[65] Т. Варади, 424 425.

да даје мишљење приликом именовања органа управљања вискокошколских установа чији је оснивач аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе, неуставна је пошто „сагласно Закону о високом образовању оснивач високошколске установе уопште не може бити аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе...“.[66] Као прво, УСС се овде не позива на јединство правног поретка, зајемчено у чл. 4, ст. 1 Устава, иако је то учинио у случају образложења одлуке о неусаглашености одредбе Закона о националним саветима с одредбама секторског закона. Међутим, проблем није само уређивачко-занатске природе. Наиме, Закон о високом образовању није ограничио нити забранио да јединица локалне самоуправе или аутономна покрајина оснивају вискошколске установе. Закон о виском образовању омогућује да осим Републике, свако правно лице оснује високошколску установу, а јединица локалне самоуправе и аутономна покрајина јесу правна лица.[67] Штавише, Закон о утврђивању надлежности Аутономне покрајине Војводине, чију је уставност УСС детаљно проверио 2012. године, изричито прописује надлежност аутономне покрајине за оснивање високошколске установе.[68] Иначе, оснивање високошколске установе од стране Аутономне Покрајине Војводине није само пука законска могућност, него и реалност правног поретка и праксе у Републици Србији. Према актима Универзитета у Новом Саду и великог броја виших стручних школа на територији покрајине, Аутономна Покрајина Војводина јесте њихов оснивач који редовно и неометано врши и своја оснивачка права.

5. ЗАВРШНА РАЗМАТРАЊА

Након вишегодишњег поступка, УСС донео је једну од својих најобимнијих одлука у којој је први пут формулисао своја правна схватања и опште ставове у вези с правом припадника националних мањина и колективним правом на самоуправу. Образложење УСС је на неким местима непотпуно, противречно и недоследно, често не уважава достигнућа теорије, као ни стандарде који су настали у поступку мониторинга Оквирне конвенције за заштиту националних мањина. С једне стране, УСС је потврдио уставност система нетериторијалне самоуправе националних мањина коју они остварују путем демократски изабраних савета, па чак и законска

[66] Одлука Уставног суда Републике Србије број ИУз 882/2010, *Службени гласник РС,* бр. 20/14, 53.

[67] Закон о високом образовању, *Службени гласник РС,* бр. 75/05, 100/07, 97/08, 44/10, 93/12, 89/13, чл. 40, ст.1.

[68] Закон о утврђивању надлежности Ауономне покрајине Војводине, *Служ бени гласник РС,* бр. 99/09, 67/12, чл. 35, ст. 1.

овлашћења савета у односу на установе чији је оснивач држава и које се финансирају из буџета. С друге стране, УСС је заузео став према коме савети у поступку извршавања закона могу имати пре свега консултативна овлашћења, без моћности мериторног утицаја на одлуке које су непосредно у вези с очувањем идентитета. Овакво становиште је посебно уочљиво када су у питању установе које не служе искључиво задовољавању потреба националне мањине. За тако рестриктиван став УСС није нашао уверљиве правне аргументе ни у међународном праву, нити у одредбама самог Устава.

На више места је уочљиво стремљење УСС да у поступку нормативне контроле, у односу на уставна права мањина, примат даје другим уставним принципима и одредбама. На неки начин УСС је преузео на себе улогу законодавног органа и, у складу с одређеним политичким вредностима, одредио која конкретна извршна и административна овлашћења треба и може да има савет, а која не треба и не може у областима образовања, културе, обавештавања и службене употребе језика и писма.

Dr Tamás Korhecz

Associate Professor
Union University, Faculty for Legal and Business Studies

NON-TERRITORIAL SELF-GOVERNANCE OF NATIONAL MINORITIES IN SERBIA
Legal Framework and its Shortcomings on the Light of the Decision of the Constitutional Court

Summary

The self-governance of national minorities might be provided on territorial and non-territorial (personal) bases. It is institution of the public law by which the effective participation of national minorities in public affairs is ensured in a particular State. In legal order of the Republic of Serbia the self-governance of national minorities is guaranteed by the Constitution and it is realized throe elected national councils of national minorities, established first in 2002. National councils and their legal regulation generated political and legal disputes; consequently several initiatives were launched for the constitutional review of the law in 2010 and 2011. This paper is devoted to the analyses of this Decision enacted in 2014. On the one hand, the Constitutional Court authoritatively resolved some open constitutional disputes and contributed to the better

understanding of this institution, but on the other hand, because of some shortcomings and controversies in reasoning created further uncertainties concerning the actual legal framework of self-governance of national minorities in Serbia. .

Key words: *Collective rights. – Self-governance of national minorities. – Competencies of national councils. – Restriction of minority rights. – Constitutional Court of Serbia.*

УДК 343.24(091)

CERIF: S149, H300

Др Драгиша Дракић[*]

О НАСТАНКУ МЕРА БЕЗБЕДНОСТИ КАО КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА

Аутор се у раду бави анализом идеја на основу којих ће се развити доктрина о мерама безбедности као савременим кривичним санкцијама.

Своје излагање започиње навођењем и тумачењем Протагориног и Платоновог схватања којима се настоји оправдати државно кажњавање. На трагу идеје која је допринела настанку мера безбедности као савремених кривичних санкција аутор потом разматра поједине средњовековне изворе права, а затим анализира одређене законске одредбе из каснијег периода којима су установљене такозване елиминаторне мере безбедности.

У централном делу рада наводе се и тумаче они ставови класичне, позитивне и социолошке школе кривичног права који су у вези са основним предметом проучавања у раду. Нарочит значај аутор придаје учењу ове последње школе, под чијим утицајем су на самом почетку двадесетог века у већини европских кривичних законодавстава уведене мере безбедности.

На крају аутор закључује да су мере безбедности, без обзира на њихову даљу судбину у будућем развоју кривичног права европских земаља, у тренутку њиховог уношења у европска кривична законодавства с почетка двадесетог века биле замишљене као изразито хумане кривичне санкције, којима је остварен покушај да се човечнијим приступом према учиниоцима кривичних дела и само друштво учини бољим и хуманијим.

Кључне речи: *Настанак мера безбедности. Кривичне санкције. Кривично право.*

Иако још код Протагоре и Платона наилазимо на идеје на којима теоријски почивају мере безбедности као савремене кривичне санкције, на њихово формално увођење у позитивна кривична зако-

---

[*] Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, *drakic100@gmail.com*

нодавства требало је чекати дуже од двадесет два века након смрти ових знаменитих филозофа.

Протагора из Абдере, за чије име се везује почетак и духовна припрема софистике, био је први мислилац чија је идеја о неопходности остваривања специјално-превентивних циљева путем државног санкционисања стигла до нас. Он нам је оставио у наслеђе високоумну мисао, која ће касније постати програмско начело рационалистичке филозофије и начина размишљања, по којој је, између осталог, остао упамћен до данашњих дана – „човек је мерило свих ствари: оних које постоје да постоје, а оних што не постоје да не постоје“.[1] Платон, који је у својим делима посветио одговарајућу пажњу чувеном софисти, овај његов исказ тумачи у смислу чистог индивидуалног релативизма.[2] Протагора је заступао став да није могуће знање у смислу схватања ствари самих по себи, већ да је оно једино могуће на нивоу онога што ће Кант касније назвати светом феномена.[3] На то се надовезује и из тога произлази и његова визија о релативности истине као људске грађевине. И из његових других изјава искрсава настојање да се у свему остане у равни људског. „Уздизањем човека на пиједестал врховног судије у свим стварима физичког и моралног света, Протагора је положио темеље рационалној критици ондашњег грчког друштва и широм отворио врата индивидуалистичким, утилитаристичким и релативистичким струјањима у грчком свету, наговештавајући тако слом свих традиционалних вредности и идеала“.[4] Овакав за оно време изразито модернистички, а у контексту схватања у времену које ће знатно касније наступити и визионарски приступ, не изостаје ни када је у питању његово поимање циљева државне казне. Из данашње перспективе чудесно звуче његове речи којим је устао против казне као освете и одмазде, те заступао мишљење да би њоме требало тежити другачијем циљу – да кажњени постане бољи и племенитији.[5] Његова аргументација била је да, онога ко је разборито извршио неки кажњиви деликт не треба казнити само због тога што је исти извршио, јер се оно што је већ учињено не може поништити, већ зато да се такво понашање

---

[1] Преузето из: Диоген Лаертије, *Животи и мишљења истакнутих филозофа* (превод са старогрчког), БИГЗ, Београд 1973, 310. О његовом животу и делу видети детаљније у овој књизи (310 312).

[2] Вид. Фернан Лисјен Милер, *Историја психологије* (превод с француског), Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци Нови Сад 2005, 42.

[3] Тако, Ф. Л. Милер, *ibid.*

[4] Михајло Ђурић, *Историја политичке филозофије*, ИП Албатрос плус, Бео град 2010, 69.

[5] Тако, E.Wolf, *Griechisches Rechtsdenken*, II, Frankfurt am Main 1950, 54, 55. Преузето из, Љубомир Тадић, *Филозофија права*, Напријед, Загреб 1983, 31.

не би више понављало у будућности, како од стране онога ко је већ извршио деликт (специјална превенција!), тако и од стране других, потенцијалних извршилаца (генерална превенција!).[6]

Иако је био жестоки критичар софиста,[7] када су у питању размишљања о циљевима казне сличног мишљења био је и Платон.[8] Свестан чињенице да је казни, као најтежој присилној мери државног утицаја на човека, неопходна одређена мера праведности, Платон је, као што је познато, помињао две суштинске алтернативе које би исту требало да оправдају: ретроспективну одмазду, поводом већ извршеног деликта („апсолутне теорије кажњавања“!), и проспективну функцију, превенцију будућих деликата („релативне теорије кажњавања“!)[9]. С тим у вези важно је поменути и Платонов појам правде, који је израстао из његове спознаје о неизбежном трвењу људске индивидуе, с једне стране, и државне заједнице у чијим оквирима и по чијим правилима човек једино може и треба да живи, с друге, а из чега Платон изводи идеал животног задатка сваког појединца у држави и друштву. Као „отац и оснивач универзализма, то јест социјалне теорије која представља синтезу индивидуализма и колективизма“,[10] Платон социјални принцип ставља у исту раван с индивидуалним, ако му још и не даје преимућство. Полазећи од тога, према Платону, „појединац се има сматрати само као члан који служи заједници, и у свему што дела и ствара он важи само као део у великој целини неке заједнице“.[11] Из те потребе подвргавања целокупног индивидуалног живота појединца сврси целине, као особе-

6 Позивајући се на Хуга Гроцијуса ово тврде, Jürgen Baumann, Urlich Weber, Wolfgang Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2003, 21. Такође, Hans Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1996, 72.

7 С тим у вези видети, Михајло Ђурић, *Хуманизам као политички идеал*, Српска књижевна задруга, Београд 1968, 357, 363, 364.

8 Платоново залагање за проспективну функцију у кажњавању не треба да чуди, узимајући у обзир да је он у свом учењу и те како водио рачуна о мишљењу његовог учитеља и духовног оца Сократа. А Сократ је био мишљења да зло поти че једино из незнања, те ако желимо да спознамо истинито и да у себи развијемо тежњу за истинитим морамо почети да на себи самима радимо. Тим пре би ово тре бало да важи за преступника. Вид. о томе више, Жана Херш, *Историја филозофије* (превод са француског), Светови, Нови Сад 1998, 23 25.

9 Вид. на пример, Dietmar von der Pfordten, *Rechtsphilosophie eine Einführung*, C.H.Beck, München 2013, 116.

10 Тако, Милош Ђурић, *Историја хеленске етике*, Завод за уџбенике и на ставна средства, Београд 1997, 348.

11 K. Diel, „Der Einzelne und die Gemeinschaft, Überblick über die wichtigsten Gesellschaftssysteme vom Altertum bis zur Gegenwarth“, *Individualismus, Kollektivismus, Universalismus*, Jena 1941, 250. Преузето из, М. Ђурић, *ibid.*

не карактеристике Платонове етичке доктрине, проистиче и у њу се уклапа и напред поменуто Платоново поимање циља државне казне.

Из првобитно реченог произлази да су још Протагора и Платон заступали идеју да се циљ државног кажњавања не сме исцрпити у простој одмазди, наношењу зла због оног које је већ учињено, које би било само себи сврха, већ се мора водити рачуна, можда још у већој мери, и о једном другом циљу кажњавања, који се огледа у покушају да се онемогући понављање друштвено штетних понашања у будућности. Другим речима, не треба казнити злочинца једино због тога што је извршио злочин, већ и с циљем да га више не понови. А да ће га његова несавршена природа навести на искушење понављања, у то изгледа не треба сумњати, јер шта је према Платону човек, ако не најобичнија „лутка која виси на концу“ и коју „наде и страхови, задовољства и патње померају и терају да игра“.[12] Стога је за њега било логично, државно прагматично и друштвено корисно, да се одмазди као циљу кажњавања прикључи и превенција.

Управо се у таквом начину размишљања, да наиме циљ државне реакције на злочин треба да буде онемогућавање оваквих понашања у будућности, крију замеци идеја које ће знатно касније одиграти кључну улогу у осмишљавању мера безбедности, а потом и њиховом уношењу у савремене регистре кривичних санкција.

На трагу идеје која је допринела настанку мера безбедности као кривичних санкција налазе се и одредбе појединих средњовековних извора права у којима се водило рачуна о критеријуму опасности одређених категорија становништва унапред наведеном контексту остваривања превентивних циљева кажњавања. Констатација њихове опасности представљала је повод за предузимање одговарајућих прагматичних државно-безбедносних мера принуде, без обзира на то да ли су формално већ извршили неки деликт или не. Примера ради, Constitutio Criminalis Carolina из 1532. године предвиђала је могућност примене одређених мера према просјацима, скитницама и другим „опасним“ лицима, чији је циљ био да се на тај начин спречи њихово будуће криминално понашање.[13] Поред тога, поједине средњовековне државе прибегавале су примени мере транспортовања осуђеника у своје колоније или удаљене војне базе, да би се, с једне стране, тамо искористили као преко потребна радна снага, а с друге, да би на тај начин са сопствене територије трајно елиминисали појединце за које се сматрало да представљају хронични реметилач-

[12] Преузето из, Ерик Робертсон Додс, *Грци и ирационално* (превод с енгле ског), Службени гласник, Београд 2005, 152.

[13] О напред реченом вид. Горан Томашевић, „Разматрања о настанку и значају појма друштвене опасности“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 1/1974, 127.

ки фактор.[14] Потребно је нагласити да је Енглеска била прва земља која је „увела систематско транспортовање криминалаца, врсту казне која је била условљена њеним колонијалним ширењем“.[15] С тим у вези, Закон о скитничењу из 1597. године по први пут је озаконио депортовање. Њиме је било прописано да ће „они зликовци који не заслужују да буду пуштени бити прогнани из овога краљевства и свих његових земаља и упућени у оне прекоморске крајеве које за ту сврху буде одредила влада“.[16] До даљег ширења примене депортовања у Енглеској довели су Закони из 1718. и 1720. године. Оно је тада постало основна казна за одређена кривична дела, а не само замена за другу казну коју је судија могао применити по свом нахођењу.[17]

Прадел (*Pradel*) тврди да је, историјски посматрано, посебан француски закон од 25. маја 1885. био први закон који је установио елиминаторне мере безбедности, премда га напред наведени подаци до којих смо дошли по свој прилици оповргавају.[18] Но, оно што није спорно је чињеница да је барем формално, полазећи од апсолутне претпоставке непоправљивости, поменути закон увео особену меру релегације, као допунску санкцију обавезног карактера. Њу је суд морао да изрекне уколико је окривљени пре тога већ био осуђиван одређени број пута. Изрицала се уз казну лишења слободе, с тим што се извршавала након издржавања ове казне. Релегација се изрицала у доживотном трајању, а издржавала се у француским колонијама. По угледу на Француску, временом су и неке друге земље у своје законодавство увеле ову меру[19].

У сваком случају, већ поменути примери државноправног превентивног реаговања према „друштвено опасним“ лицима још се нису могли назвати мерама безбедности у данашњем смислу те речи. До њиховог коначног теоријског конципирања и формалног уобличавања доћи ће нешто касније. Одлучујућу улогу у томе свакако су одиграле живе дискусије које су се у осамнаестом а нарочито деветнаестом веку водиле међу филозофима, социолозима, антропологима, криминолозима и теоретичарима права. Из тих дискусија развиће се недуго затим кључне идеје на чијем темељу ће формално-

---

[14] Тако, Georg Rusche, Otto Kirchheimer, *Kazna i društvena struktura* (превод с енглеског), Visio mundi, Novi Sad 1994, 66.

[15] G.Rusche, O.Kirchheimer, *ibid.*

[16] Вид. G.Rusche, O. Kirchheimer, *op. cit.*, 67.

[17] Тако, G.Rusche, O. Kirchheimer, *op. cit.*, 68.

[18] Енглеска казна депортације није, по својој суштини, била ништа друго до француска елиминаторна мера релегације, с том разликом што се у Енглеској нази вала „казна“, а у Француској „мера“.

[19] Вид. Жан Прадел, *Компаративно кривично право санкције* (превод с француског), Правни факултет, Београд 2009, 127.

правно, системски, изникнути мере безбедности као нове кривичне санкције, које имају особену природу и циљеве, и које ће појмовно и терминолошки бити одвојене од казни.

С тим у вези, након што је теорија испаштања захваљујући делима Канта (*Kant*) и Хегела (*Hegel*) доживела врхунац, а теорија генералне превенције реактуелизована заслугом Фојербаха[20] (*Feuerbach*), нова, дотад непозната струјања у оквирима теорије специјалне превенције друге половине деветнаестог века стичу све већи број присталица у научним и стручним круговима. На темељу напред наведених схватања знаменитих филозофа и по њиховом узору јављају се тзв. криминолошке школе, које ће покушати да живом расправом и практичним ангажовањем проникну у истинске узроке криминалитета и најефикаснија правна средства њиховог сузбијања. У даљој дискусији настојаћемо да своја излагања ограничимо на најважније карактеристике учења тзв. класичне школе и тзв. позитивне, а нарочито тзв. социолошке школе кривичног права. Утицај ове потоње школе несумњиво је одиграо одлучујућу улогу у обликовању кривичног права европских земаља с почетка двадесетог века на новим идејним основима, и то не само у сегменту кривичног санкционисања.

Постоји сагласност у погледу тога да је прва тзв. криминолошка школа која се појавила у XVIII веку била класична школа. Под њом се подразумева систем мишљења о фундаменталним кривичноправним институтима, али и другим питањима од чијег разрешења зависи систем кривичног права у целини. Учење класичне школе базира се на темељним поставкама које потичу од Бекарије (*Beccaria*), Бентама (*Bentham*), Канта, Фојербаха и Хегела. „Она се залаже за превагу права над религијом, празноверјем и арбитрарном правдом".[21] Премда међу појединим ауторима чије се учење може уврстити у „класично" постоје понекад значајне разлике те се може говорити и о више „класичних" школа, сви се они ипак окупљају око следећих принципа: „кривично право је непроменљива и апсолутна категорија; једина кривична санкција је казна, која претпоставља кривицу као израз моралне одговорности; кривица се темељи на слободи воље (индетерминизам), а казна треба да је пропорционална тежини кривичног дела; казна има ретрибутивни карактер, али делује и застрашујуће и тако остварује сврху генералне превенције; кривично дело мора бити унапред одређено законом и као повреда норме оно је појам у сфери апстрактне логике и правне технике; учинилац улази у појам кривичног дела као апстрактно биће изоловано од своје биопсихолошке

[20] Вид. детаљније, Fritjof Haft, *Aus der Waagschale der Justitia eine Reise durch 4000 Jahre Rechtsgeschichte*, 4. Auflage, C. H. Beck, München 2009, 123, 124.

[21] Ђорђе Игњатовић, *Криминолошко наслеђе*, Полицијска академија, Београд 1997, 7.

и социјалне условљености“.[22] У даљем излагању осврнућемо се на поједине ставове и мишљења Канта и Хегела, који су релевантни за предмет дискусије у нашем раду.

С тим у вези, полазећи од „категоричког императива“ одбране морала, заснованог на идеалу „апсолутне правде“, Кант предлаже право које је утемељено искључиво у захтевима правичности, а не друштвене корисности. Говорећи о задацима кривичног права, Кант истиче да је кривично право „право заповедника према потчињеноме да га због његовог злочина казни неким болом“.[23] Овај преступ јавног закона „починиоца чини неспособним да буде држављанин“. А казна као зло које му се наноси „не може се никада изрећи као средство да се неко друго добро унапреди, за самог злочинца или за грађанско друштво, него увек мора бити изречена против њега *зато што је починио злочин*“.[24] Сходно томе, једини принцип изречене врсте и мере казне очитује се у принципу једнакости односно сразмерности – оно и онолико зла које чиниш другоме, посредно чиниш и самом себи, захваљујући непоколебљивости и непоткупљивости праведне државне казне која ће те сустићи. Јер, само се на праву одмазде, као категоричком императиву, може праведно изрећи и одмерити онај квалитет и квантитет казне који припада злочинцу због извршеног злочина, и само се на тај начин може служити чистој и строгој правди.[25] Злочинац мора да испашта јер није поштовао закон, који му, према Канту, његов властити ум јасно открива и којег је био свестан. А није поштовао закон, не зато што га неко или нешто на то приморава – „јер која би спољашња сила могла да присили слободу“, „већ зато што се његова властита слобода сама искварила“.[26]

Заслужује пажњу да се у оквирима класичног учења осврнемо и на Хегелово виђење природе и функције државне казне. Овај знаменити немачки филозоф својим учењем о казни „показује да правда, попут судбине, почива у рукама оних који имају моћ“.[27] По њему, „одмазда је вид укидања злочинства или успостављања права као опште воље, насупрот ништавности појединачних воља које се усуђују да устану против правног поретка“.[28] Стога се путем казне

22 Богдан Златарић, Мирјан Дамашка, *Рјечник кривичног права и поступка*, Информатор, Загреб 1966, 130.

23 Имануел Кант, *Метафизика морала* (превод с немачког), Издавачка књи жарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци Нови Сад 1993, 132.

24 И. Кант, *ibid*, 133.

25 Вид. И. Кант, *op. cit.*, 134.

26 Преузето из, Ерик Вајл, *Проблеми Кантове филозофије* (превод с францу ског), Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци Нови Сад 2010, 183.

27 Љ.Тадић, *op. cit.*, 144.

28 Преузето из, Љ.Тадић, *ibid.*

одиграва „измирење закона са стварношћу која му се супротставила његовим кршењем“.[29] Покушавајући да докаже да казна није проста принуда, већ испољавање слободе, Хегел тврди да је казна уистину „право злочинца“, јер само путем казне злочинац бива задовољен у свом људском достојанству.[30] Овакав, наизглед парадоксалан закључак, престаје то да буде када се узме у обзир целина Хегелове мисли о темељима права уопште. Он је тврдио да је само тло права „оно духовно“, а да је његово исходиште „слободна воља која хоће себе саму“. Коначно, био је мишљења Хегел, таква слободна воља у правном систему има свој историјски облик – „царство остварене слободе“.[31]

Узимајући у обзир оно што смо већ рекли, може се видети да класична школа полази од моралне одговорности делинквента, која се темељи на претпоставци да је исти поседовао потпуну слободу да у конкретној ситуацији одлучи да ли ће извршити кривично дело или неће. Из такве слободе и моралне одговорности произлазила је кривица, као централни кривичноправни институт, на коју се надовезивала казна као једина кривична санкција. Према представницима класичне школе, основна функција казне на објективном плану исцрпљује се искључиво у одмазди односно освети за извршени злочин, како би се задовољио принцип апстрактне правичности, док на субјективном плану она има за учинак да, кроз испаштање учиниоца, неутралише његову злочиначку вољу. У оквирима ове школе могу се чути и мишљења да је крајњи циљ казне, не само да се преко њеног ретрибутивистичког дејства учинилац одврати од помисли да понови деликт, већ и да се кроз застрашујућу моћ и непоколебљивост њеног извршења утиче на друге, потенцијалне учиниоце, како се не би догодило да и они скрену на пут деликта.

Ипак, временом се увидело да праведна одмазда, сразмерна тежини извршеног дела, не може бити једина сврха кажњавања. Постало је јасно да класична казна нема учинка када су у питању поједине категорије извршилаца, на које она, уопште или у највећој мери, не може утицати. Стога су се у научној и стручној јавности све чешће могле чути критике на рачун бескомпромисности учења класичне школе и почели истицати захтеви за неопходношћу другачије кривичноправне реакције. Истицало се да учење класичне школе у потпуности негира потребу истраживања личности с циљем индивидуализације казне, која би у тренутку изрицања требало да

29 Преузето из, Ханс Георг Гадамер, *Хегелова дијалектика* (превод с немач ког), Плато, Београд 2003, 56.

30 О напред реченом вид. детаљно, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 4. Auflage, Felix Meiner Verlag, Hamburg 1955, 90 99.

31 Вид. Манфред Ридл, *Систем и историја студије уз историјско место Хегелове филозофије* (превод с немачког), Плато, Београд 2006, 92.

буде прилагођена особеностима сваког конкретног учиниоца. Такође, учењу класичне школе стављало се на терет и то да се „удаљила од животне реалности, јер се креће у сфери метафизике и апстрактне логике“, као и да „занемарује свако истраживање криминалитета као друштвене појаве која има своје узроке и законе кретања“.[32]

Стога се као реакција на учење класичне школе временом јавило сасвим супротно учење представника позитивне школе. Треба рећи да је позитивна школа, као систем концепција о питањима из области кривичног права и криминалитета као социопатолошке појаве, настала крајем деветнаестог века у Италији. На њу је снажан утицај извршио позитивизам, који је представљао правац у хуманистичким наукама који је настојао да ове науке изгради на принципима на којима су почивале природне.[33] Учење позитивне школе базирало се на учењу Ломбозове (*Lombroso*) антрополошке школе. Он је био убеђен у то да је открио рођеног злочинца. Веровао је да се могу дијагностификовати одређене урођене особености по којима се може препознати рођени злочинац и које по правилу наводе на вршење злочина.[34] Оно што је за наше излагање од посебног значаја, антрополошка и позитивна школе прве су нагласиле потребу увођења нових кривичних санкција – мера безбедности,[35] које не би требало само да представљају допуну казни као главној санкцији и да буду у њеној „сенци“, већ би штавише исту требало да замене, те да буду једине кривичне санкције. Као главни представници позитивне школе најчешће се у литератури помињу Фери (*Ferri*) и Гарофало (*Garofalo*).

Основне идеје поменуте школе могле би се свести на следеће: као прво, требало би поћи од тога да су право и морал променљиве категорије; даље, слобода воље не постоји, већ свуда, па и приликом извршења дела, неумољиво делује закон каузалитета; криминалитет као друштвена појава узрокован је претежно ендогеним, биолошким факторима; делинквенти су анормална бића и деле се на рођене, случајне, из навике, из страсти, као и душевно болесне; друштво се мора од њих бранити јер су опасни; опасност је једино мерило за примену санкције, а не морална одговорност која, према представницима ове школе, уистину и не постоји; стога казна као кривична санкција нема никаквог смисла ни учинка, већ долази у обзир једино примена посебне мере одбране, која треба да буде адекватна

---

32 Б. Златарић, М. Дамашка, *ibid.*

33 Тако, Ђ. Игњатовић, *op. cit.*, 9.

34 Тако, Wolfgang Naucke, „Die Abhängigkeiten zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik“, in: *Kriminalpolitik und Strafrecht* (Hrsg. K.Lüderssen und F.Sack), Suhrkamp, Frankfurt am Main 1980, 70.

35 Тако, Љубиша Лазаревић, *Казне и мере безбедности у савременом кривич ном праву*, Завод за издавање уџбеника СРС, Београд 1969, 15.

опасности учиниоца, а не тежини дела и степену кривице.[36] Њихова аргументација против учења класичне школе још је више добијала на значају и актуелности због тога што су „стопе криминалитета расле у скоро свим тадашњим развијеним земљама“,[37] а нарочиту забринутост почео је да изазива рецидивизам.[38]

Упркос томе, идеје позитивне школе углавном нису оставиле дубљег трага у европским кривичним законодавствима с почетка двадесетог века. Оне су додуше доследно спроведене у дело једино у Феријевом пројекту италијанског Кривичног законика из 1921. године, који међутим никада није постао закон. У литератури се може прочитати да је овај пројекат извршио утицај и на кривична законодавства неких држава Латинске Америке прве половине двадесетог века,[39] као и на совјетско законодавство двадесетих година прошлог века.[40] Иако идеје позитивне школе, уз занемарљиви број изузетака, готово нигде нису преточене у позитивно кривично право, оне су изазвале огромно интересовање у ширим научним и стручним круговима тог времена, те подстакле живе дискусије у оквирима разноразних школа и научних праваца који су се бавили проучавањем криминалитета, а које су несумњиво допринеле свестранијем сагледавању узрока криминалитета и мера за његово сузбијање. Највећа заслуга представника ове школе огледала се у томе што су стављањем личности учиниоца кривичног дела у центар пажње и интересовања несумњиво утицали на то, да се у будућим расправама о потреби реформе европских кривичних права на новим основима истраживање личности делинквента наметне као незаобилазна тема. Насупрот томе, најозбиљнија негативна критика која се стављала на терет овој школи иде у ствари на душу позитивизму, на чијим је темељима уистину позитивна школа изникла. А овај покрет је чини се, због своје искључивости, унапред био осуђен на пропаст, с обзиром на то да је оно што је изнашао хтео да уздигне на пиједестал научности, те да сопственој догми удари печат врховног научног ауторитета и коначности.[41] С обзиром на то да позитивизам полази од култа „чињенице“ као једине могуће реалности која се може назвати истинитом, било је јасно да ће се његово учење у свом исходишту пре или

36 Слично, Б. Златарић, М. Дамашка, *op. cit.*, 244.

37 Ђ. Игњатовић, *op. cit.*, 9.

38 Александар Стајић, „Мјере безбједности   историјскокомпаративни осврт и класификација“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, Сарајево IX/1961, 14.

39 Вид. Б. Златарић, М. Дамашка, *ibid.*

40 О овом законодавству вид. детаљније, Александар Маклецов, „Критеријум опасности извршиоца у савременом кривичном праву“, *Архив за правне и друштве не науке*, Београд 1/1934, 4, 5.

41 Слично, Ник Хидер, *Радикалне перспективе у психологији* (превод с енгле ског), Нолит, Београд 1978, 41.

касније трансформисати у нешто квалитативно друго и другачије од онога чему су стремили и што су тврдили његови радикални представници.

Иако су се позитивизму и позитивној школи неоспорно могли упутити озбиљни приговори, није се с друге стране могло оспорити ни то да су европска кривична законодавства с краја деветнаестог и почетка двадесетог века била неефикасна и застарела. Неефикасна – због тога што нису могла успешно одговорити новим појавним облицима и изазовима криминалитета свог доба. Застарела – из разлога што уопште нису водила рачуна о тадашњим модерним, па тако ни оним напредним научним струјањима.

Случај је хтео да се дуго очекиване промене десе под одлучујућим утицајем учења социолошке школе кривичног права, на чијем се челу налазио немачки теоретичар Лист (*Liszt*).[42] Њени чувени представници билу су, између осталих, Радбрух (*Radbruch*), Шмит (*Schmidt*) и Колрауш (*Kohlrausch*).[43] Инсистирајући на проучавању практичне стране криминалитета, Лист покушава доказати недостатке важећег кривичног права полазећи од резултата криминалне статистике, док на криминалну политику гледа као на органски саставни део социјалне политике.[44] Умереност идеја социолошке школе, као и суптилан приступ и постепен рад на убеђивању шире јавности у неминовност законодавних реформи, постигли су успех, те се убрзо приступило реформи европских кривичних закона, између осталог и у оним питањима која представљају предмет проучавања у нашем раду. Стога ћемо у даљем излагању посветити пажњу појединим идејама ове школе које су допринеле увођењу мера безбедности у регистре кривичних санкција европских земаља с почетка двадесетог века.

Потребно је нагласити да у другој половини деветнаестог века долази до наглог развоја природних наука, који је снажно утицао и на друштвене и хуманистичке науке тог доба. „Будући да су природне науке пружиле одговор на многа до тада нејасна питања, у знатној је мери опао утицај филозофског идеализма који након Хегела доживљава очиту стагнацију.[45] Крај класичне немачке филозофије, која је у раздобљу од Канта до Хегела била доминантна у немачким земљама, обележен је наиме све већим и интензивнијим про-

[42] О утицају Листовог учења на тадашњу југословенску кривично правну догматику вид. детаљније, Младен Сингер, *Кривично право и криминологија*, Гло бус, Загреб 1992, 42 45.

[43] Тако, F.Haft, *op. cit*., 148.

[44] Вид. H. H. Jescheck, T. Weigend, *op. cit*., 73.

[45] Вид. Ханс Георг Гадамер, *Ум у доба науке* (превод с немачког), Плато, Београд 2000, 110.

дором позитивистичког начина мишљења у нека научна подручја. Све што није било доступно чистој емпирији, пракси, све оно што није било могуће чулима опазити и постојећим методима егзактно квантитативно и квалитативно изразити, сматрало се мање или више ненаучним. Мисаона активност била је усмерена на откривање закона динамике међусобног утицаја појава и предмета реалног света. Сматрало се да законитости које владају у природи ваља открити и на подручју друштвених наука“.[46] Резултат тог процеса била је афирмација материјалистичког погледа на свет.

Победоносни поход природних наука деветнаестог века упућивао је научнике да и појави криминала приђу као емпиричари, односно да и на кретање те друштвене појаве примене искуства егзактних наука. Пробијала се мисао да злочин није само правни феномен који резултира из сукоба воље и закона, већ првенствено, или барем истовремено, реална појава индивидуалног и социјалног значаја, појава која се не може одвојити од средине у којој настаје и личности која је њезин носилац. Та мисао, која је постала трајна тековина кривичног права, значила је атак на гледиште припадника класичне школе кривичног права, који су личност учиниоца сматрали потпуно ирелевантним фактором и заступали екстремни индетерминизам као идеолошки темељ казне.[47]

За разлику од позитивне школе која се супротставила учењу класичне школе, социолошка школа на челу са Листом не одбацује у потпуности њено учење. Питање да ли је и могло бити другачије с обзиром на то да су учења класичне школе дуго била неприкосновена у немачким земљама. У духу позитивистичких струјања свог времена, и Лист је сматрао да се све, па и друштвено-хуманистичке науке морају служити принципима природних наука. Ипак, за разлику од „биологистичког“ приступа позитивне школе, Лист сматра да је „злочин продукт личних својстава учиниоца и околине, при чему је социјални чинилац доминантан, јер он, у крајњој линији, утиче и на то хоће ли нека човекова биолошка особина резултирати злочином“.[48]

Одбацујући идеју о рођеном злочинцу, представници ове школе стављају нагласак на социјалне узроке криминалитета. Иако предлажу да ретрибутивна казна на бази кривице и даље остане у регистру кривичних санкција, сматрају да њен одмаздни карактер не би смео бити сам себи циљ. Стога би требало да буде тако конципирана да се својом врстом и мером прилагођава особеностима сваког конкретног учиниоца, како би се њоме што ефикасније оства-

46 М. Сингер, *ibid.*, 30.

47 Тако, М. Сингер, *op. cit.*, 31.

48 Тако, М. Сингер, *ibid.*

рили циљеви специјалне превенције, којој треба тежити кад год је то могуће. С правом је казао Лист да, ако хоћемо да упознамо кривично дело, морамо најпре упознати његовог учиниоца. Јер, не кажњава се само дело, него учинилац, који је његовим извршењем манифестовао своје злочиначко опредељење.[49] Они све делинквенте деле у начелу на акутне и хроничне. На прве казна делује застрашујуће, што је, полазећи од структуре њихове личности, свакако довољно да их одврати од даљих деликата. Насупрот њима, хронични злочинци могу бити поправљиви и непоправљиви. Док се први казном могу поправити, били су мишљења представници социолошке школе, други се једино могу учинити нешкодљивим. Другим речима, случајни учиниоци требало би да се застраше, за поправљање способни учиниоци, који врше дела из склоности или као производ стања у којем се налазе – да се поправе, док би непоправљиве учиниоце из склоности требало учинити нешкодљивим.[50] Лист је сматрао да ће управо у односу на ову последњу категорију делинквената мера безбедности одиграти кључну улогу.

У складу са напред реченим, не само да казна донекле треба да измени своју дотадашњу структуру и домашај, већ према представницима социолошке школе она не сме остати једино средство у борби против криминалитета. Уз казне, кривично право на располагању мора имати и друге кривичне санкције, и то мере безбедности и васпитне мере.

Као што то обично бива када се уводи новина у друштвени живот, а у нашем случају у правни живот, тако је и Листово учење на једној страни са одушевљењем прихватано и слављено, док је на другој жестоко оспоравано. Противници његовог учења били су сви који су се строго држали кривично-правних поставки либералне епохе деветнаестог века и који су заступали мишљење да се сврха казне исцрпљује у праведној одмазди. „Идеје заступника социолошке школе сматрали су крајње опасним за тешко стечени принцип легалитета који је прокламован почетком деветнаестог века и приговарали да социолошка школа враћа развој кривичног права на давно пређене позиције полицијске државе просветитељског апсолутизма".[51] Да је у овоме било доста претеривања види се између осталог и из тога што, не само да Листово учење није подривало принцип легалитета у кривичном праву, већ га је уистину афирмисало. Лист је одлучно тврдио да је казнено зло у правној држави оправдано једино онда, „ако је учинилац доказао своје непријатељско расположење одређеним, за-

[49] Тако, Владо Камбовски, *Казнено правната реформа пред предизвиците на XXI век*, Бато & Дивајн, Скопје 2002, 20.

[50] Тако, J. Baumann, U.Weber, W. Mitsch, *op. cit.*, 20.

[51] М. Сингер, *op. cit.*, 32.

коном тачно одређеним делом“. Из тога он изводи закључак да би кривични закон требало посматрати као својеврсну *magna carta* злочинаца, који као такав спречава потпуно напуштање принципа личне кривице учинилаца, да би на његово место дошао критеријум друштвене опасности.[52] Кривични закон стога треба да буде „непремостива брана криминалној политици“.[53] Он треба не само да оправдава кажњавање злочинаца, већ и да га ограничи. Идеја правне државе, инсистирање на правној сигурности, напред поменута његова мисао о посебном делу кривичног права као „магна карти“ злочинаца, оно је што прожима Листову кривичноправну догматику.[54]

Чини се да се највећа заслуга представника социолошке школе огледа у томе што су истакли да казна не може бити једина државна присилна мера борбе против криминалитета. Полазећи од чињенице да, баш као што је криминалитет производ, како спољашњих тако и унутрашњих утицаја, те су за његов настанак преко потребне како унутрашње настројености тако и спољне околности,[55] тако ни његово сузбијање није могуће без истовременог деловања, како на опште криминогене факторе, тако и на личност самог извршиоца. Стога је по Листу, како у односу на опасне душевне болеснике, тако и у односу на категорију непоправљивих извршилаца, једина адекватна реакција друштвене заштите – мера безбедности. Према његовом мишљењу, ова санкција не циља на моћ мотивације, као што је случај с казном, већ једино има амбицију да учиниоцу одузме акциону базу за будуће криминално понашање.[56] Од тада је готово општеприхваћено, да би свака теорија или школа која хоће да се у будућности озбиљно и свеобухватно бави узроцима криминалитета, сам криминалитет требало да посматра и тумачи, и као „личну судбину“ учиниоца, али и као „социјалну појаву“.[57]

Ипак, потребно је нагласити да би било погрешно када би се поједини Листови ставови процењивали с позиција данашњег

[52] Вид. Франц фон Лист, *Немачко кривично право* (превод с немачког), Државна штампарија Краљевине Србије, Београд 1902, 85.

[53] Вид. H. H. Jescheck, T.Weigend, *op. cit*., 73.

[54] Тако, Hans Welzel, „Zur Dogmatik im Strafrecht“, in: *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1972, 4.

[55] Листово мишљење преузето из, F. Haft, *op. cit*., 147.

[56] Вид. Wolfgang Frisch, „Das Marburger Programm und die Massregeln der Besserung und Sicherung“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin New York 3/1982, 596.

[57] Слично и Хелмер. Вид. Joachim Hellmer, „Kriminalität und Identität“, in: *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin New York 1976, 574. У делу криминологије одступило се од овог правила почев од осамдесе тих година прошлог века. Вид. Michael Bock, „Позитивна специјална превенција и нове тенденције у криминалној политици“, *Crimen* (I), Београд 2/2010, 144.

поимања начела хуманости у ширем смислу, као и његових практичних достигнућа. Са тих позиција, након што је протекло више од стотину година, Листове идеје могле би изгледати као псеудонаучне, док би се покушај њиховог спровођења у дело могао чак учинити нехуманим. Познато је наиме да је Лист прокламовани циљ кривичне санкције – да непоправљивог злочинца „учини нешкодљивим", у свом Програму,[58] за данашње прилике помало нетактичним тоном описао као „вештачка селекција социјално неупотребљиве индивидуе".[59] Осим тога, да је неко непоправљив, владајуће је схватање данас, „види се тек на крају његовог живота, никако на средини или чак на почетку, када први пут изостану жељени ефекти предвиђене мере".[60] Слично се може рећи и када је у питању његов опис другог могућег циља кривичне санкције, који се огледа у „поправљању" оног злочинца који је за то подобан, а којег он дефинише као „вештачко прилагођавање преступника друштву".[61] Иако би дакле, из данашње перспективе промишљајући, поменуте формулације могле звучати парадоксално, а у свом практичном спровођењу деловати чак и нехумано, ако пођемо од идеолошких струјања Листовог времена, као и затеченог стања и те како конзервативне научне и стручне мисли у чијим оквирима је Лист био принуђен да дела, његова размишљања у перспективи времена у којем су настала могла би се несумњиво оквалификовати као мудро осмишљена и добро одмерена. Он је успео да помири класично учење, које је и даље било владајуће у круговима тадашњих кривичара, са новим научним и идеолошким струјањима тог времена, те да теоријски осмисли, а потом и спроведе у дело делимично реформисани, напредни концепт система кривичних санкција. Тако је Лист,[62] не оспоравајући класичној казни, утемељеној на кривици, доминантну позицију у регистрима кривичних санкција, одшкринуо врата кривичног права новим кривичним санкцијама – мерама безбедности. На темељима његовог постигнућа израстао је, недуго затим, сада већ „традиционални" дуалитет кривичног санкционисања европских кривичних законодавстава. Од тада се офицујелна кривичноправна реакција европских земаља на

[58] Лист је своје криминално политичке основне ставове 1882. године изнео у свом чувеном Марбуршком програму „Der Zweckgedanke im Strafrecht". Вид. H. H. Jescheck, T. Weigend, *op. cit*., 73, 74.

[59] Вид. Günter Stratenwerth, „Zur Rechtfertigung freiheitsbeschränkender sichern der Massnahmen", *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, Bern 1/1988, 132.

[60] M. Bock, *ibid*., 160.

[61] G. Stratenwerth, *ibid*.

[62] Хафт наводи да је Листов систем материје кривичног права, због своје јасноће, једноставности и квалитета, временом прерастао у „класичан", те су генерације правника учили и усавршавали своје знање управо угледајући се на њега. Тако, F. Haft, *op. cit*., 148.

извршени злочин, по правилу, не исцрпљује у „кажњавању“, већ садржи у себи и „третирање“.[63]

Овај „дуализам“ кривичних санкција први пут је доживео своју реализацију у Штосовом (*Stooss*) Преднацрту Кривичног законика Швајцарске из 1893. Године.[64] Иако је Штосов преднацрт био први правни акт којим је изричито био предвиђен систем мера безбедности као кривичних санкција које би појмовно и терминолошки биле јасно и недвосмислено одвојене од казни, Швајцарска ипак није била прва земља која је на овај начин увела мере безбедности у своје кривично законодавство. Како предметни преднацрт није постао закон, прва земља која је то учинила својим Кривичним закоником из 1902. године била је Норвешка.[65] Затим је „талас“ мера безбедности за време такозване велике европске законодавне реформе „запљуснуо“ и остала европска кривична законодавства: Велике Британије (1905. и 1908. године), Шведске (1927. године), Мађарске (1928. године), Чехословачке и Југославије[66] (1929. године), Белгије, Данске и Италије (1930. године), Пољске (1932. године), Немачке (1933. године), Румуније (1936. године), а потом и других европских земаља.[67]

Период који је потом уследио карактерисао се готово општеприхваћеним настојањима да се афирмишу ове кривичне санкције, и то како у теорији кривичног права тако и у кривичним законодавствима прве половине двадесетог века. Колико је одушевљење тим поводом владало међу кривичарима у овом периоду најбоље илуструје изјава нашег уваженог теоретичара права Живановића, која је дата неколико година пре него што су мере безбедности званично уведене у наше кривично право, а којом даје прогнозу да би даљи ток еволуције идеје кривичног санкционисања требало чак да крене у правцу замене казне мерама безбедности. А до тога би, према његовом мишљењу, коначно требало да дође на неком „будућем, вишем нивоу душевне културе“, који ће онда донети собом и дубљи увид у чиниоце криминалитета, „и у коме ће, услед вишег моралног савршенства, ишчезнути инстинкт освете и на његово место ступити врлина праштања“.[68]

---

63 Тако, Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2. Auflage, C. H. Beck, München 1997, 238.

64 С тим у вези вид. Carl Stooss, *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*, 2. Auflage, Franz Deuticke, Wien und Leipzig 1913, 246.

65 Тако, Група аутора под редакцијом Николе Срзентића, *Коментар Кривич ног закона СФРЈ*, Савремена администрација, Београд 1978, 259.

66 Вид. *Кривични законик за Краљевину Југославију* од 27. јануара, 1929, са изменама и допунама од 9. октобра, 1931, седмо издање, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1932, 25 30.

67 Група аутора под редакцијом Н. Срзентића, *ibid.*

68 Тома Живановић, „Дуалитет кривичних санкција, казне и мере безбедно сти“, *Основни проблеми кривичног права и друге студије*, Службени лист СФРЈ, Бео град 1986, 253.

Након што је прошло око деведесет година од ове Живановићеве изјаве можемо констатовати да се његове прогнозе нису обистиниле. Да мере безбедности неће задобити примат међу кривичним санкцијама, а нарочито да неће бити једине кривичне санкције на које се кривично право може ослонити у борби против криминалитета, наговештено је још у другој половини двадесетог века, а свој коначан и неопозив израз добило крајем двадесетог века. Као што је познато, функцију класичних казни у законодавној и судској пракси почеле су све више да преузимају тзв. адмонитивне и неке друге санкције, којима је намењена улога да у одређеним ситуацијама буду алтернативе казни, односно кривичноправне мере, као и начини и процесне форме окончања кривичног поступка, који су у међувремену уведени у европска кривична законодавства као алтернативе кривичној санкцији уопште. Не само да у данашње време мере безбедности нису замениле казне, већ је штавише у последње време присутан тренд смањивања броја ових санкција у европским кривичним законодавствима, као и њиховог ређег изрицања у судској пракси, док је интересовање за њих у литератури значајно опало, а и тамо где се научно обрађују углавном преовлађују критички тонови који су понекад управљени и на оспоравање њихове самосвојности, као и легитимности опстанка у савременим регистрима кривичних санкција. Тако су по мишљењу неких аутора мере безбедности компромитоване због немогућности да се путем њих остваре специфични, унапред прокламовани специјално-превентивни циљеви;[69] поједини су мишљења да је до компромитације дошло због „кризе метода за утврђивање њихових претпоставки“;[70] коначно, од шездесетих година заступају се и такви ставови, у којима се не тврди да се мерама безбедности не би могао постићи специјално-превентивни циљ, већ да се тај исти циљ може постићи и казном, која је у међувремену у том смислу доживела суштински преображај. Због тога је постојање и казне и мере непотребно.[71]

На основу свега што смо рекли могло би се на крају констатовати да мере безбедности као кривичне санкције данас проживљавају своју дубоку кризу, штавише кризу сопствене егзистенције. Без обзира на то, оне и даље опстају у готово свим актуелним европским

[69] С тим у вези Хелмер се помало песимистички пита, шта значи „побољшати се“ у смислу циља којем стреми мера безбедности као кривична санкција. Да ли то значи, „прилагодити се друштву, а кроз то могуће и једном криминалном друштву односно злочиначким законима?...“ Вид. J. Hellmer, *ibid*., 577.

[70] Тако, Enzo Musco, „Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem Italiens“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin New York 2/1990, 428.

[71] Вид. Günther Kaiser, „Entwicklungstendenzen des Strafrechts“, in: *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1972, 37.

кривичним законодавствима. Каква ће бити њихова даља судбина, показаће време. Може бити да ће увећана стопа као и специфичности криминалитета у свету данас поново скренути пажњу научне и стручне јавности на ове санкције, те иницирати дебату о потреби њихове реафирмације, можда у нешто измењеном облику и са нешто измењеном садржином. Или ће се – што је како сада стоје ствари извесније, констатовати да нису издржале пробу времена, те треба једном за свагда да нестану с кривичноправне сцене. Но, независно од тога на коју страну точак будуће кривичноправне реформе буде завртео судбину ових санкција, не би се смела оспорити чињеница да су мере безбедности у тренутку њиховог уношења у европска кривична законодавства с почетка двадесетог века биле замишљене као изразито хумане кривичне санкције, којима је остварен покушај да се човечнијим приступом према учиниоцима кривичних дела у области њиховог кривичног санкционисања и само друштво учини бољим и хуманијим.

Dr Dragiša Drakić

Associate Professor
Novi Sad University Novi Sad Faculty of Law

ON INTRODUCTION OF SECURITY MEASURES AS CRIMINAL SANCTIONS

Summary

In this article the author deals with an analysis of ideas that served as the basis on which the doctrine of security measures as modern criminal sanctions, later developed.

The presentation begins with citing and interpreting Protagoras's and Plato's positions by which they tried to justify state sanctions. In search of ideas that contributed to the emergence of security measures as modern criminal sanctions, the author examines certain medieval sources of law, followed by analysis of provisions of the French Law that introduced the so called eliminating security measures.

The central part of the article lists and interprets positions of classical, positivistic, and sociological school of criminal law that relate to the principle aim of study of this article. The author puts great emphasis on the teachings of the school of thought last mentioned above. At the turn

of the XX Century, under the influence of this school of thought majority of European criminal legislations introduced security measures.

In the end, the author concludes that security measures were, regardless of their destiny in future development in criminal law of European countries, envisaged, at the time when they were introduced in the European criminal legislation at the beginning of the XX Century, as exceptionally humane criminal sanctions that were the result of an attempt to make the society better and more humane through a more humane approach towards criminal offenders.

Key words: *Introduction of security measures. – Security measures. – Criminal sanctions. – Criminal law.*

УДК 347.77/.78:655.4

CERIF: S124

Др Душан В. Поповић[*]

КРИТИЧКИ ОСВРТ НА СРОДНОПРАВНУ ЗАШТИТУ ИЗДАВАЧА: ЗАШТИТА ПРИВРЕДНОГ ИЛИ КУЛТУРНОГ ПОДУХВАТА[**]

У раду се разматрају правнополитички разлози за прописивање различитих облика сродноправне заштите издавача који постоје у домаћем и упоредном праву: права првог издавача слободног дела, права издавача штампаног издања на посебну накнаду, права издавача научног и критичког издања слободног дела, и права издавача на накнаду за интерактивно чињење доступним одломака вести и сродних интелектуалних добара. Указује се на неопходност засебног нормирања различитих облика сродноправне заштите, при чему се истиче постојање различитог предмета, садржине и субјекта заштите. Иако су, по правилу, облици сродноправне заштите издавача прописани с циљем заштите предузетог привредног подухвата, у раду се указује и на одређене разлоге културне политике који су руководили законодавца приликом прописивања заштите издавача слободних дела, будући да се овај вид задирања у јавни домен правда потребом пружања сатисфакције лицу које је учинило доступним јавности одређено ауторско дело. Најзад, у раду се закључује да је заштита издавача у погледу интерактивног чињења доступним одломака вести и других сродних интелектуалних добара прописана превасходно с циљем сузбијања нелојалне конкуренције, што представља специфичност овог сродног права издавача.

Кључне речи: *Право интелектуалне својине. Ауторско и сродна права. Издавач. Умножавање. Интерактивно чињење доступним.*

[*] Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *dusan.popovic@ius.bg.ac.rs*

[**] Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“.

1. УВОД

У изворима права и правној доктрини често се неадекватно користи термин „право издавача“ како би се означило неколико засебних сродних права којима се штите поједине категорије издавача у вези с привредним искоришћавањем различитих предмета заштите (нпр. штампаног издања, првог издања слободног дела, критичког издања).[1] У раду ће бити указано на разлике у предмету, садржини и субјекту заштите, што упућује на неопходност засебног нормирања сваког од права издавача. Наглашавањем посебности сваког од сродних права којима се пружа заштита издавачком подухвату не негира се постојање заједничког *ratio legis*-а пружања сродноправне заштите издавачима, који се огледа у намери законодавца да омогући лицу чијим средствима и у чијој организацији је дело издато да га искључиво привредно искоришћава у одређеном периоду, како би повратило уложена средства и остварило одређену корист. Напротив, истим аргументом оправдава се и постојање других облика сродноправне заштите (нпр. заштита фонограма). Ипак, појединим од ових сродних права не штити се само привредни подухват издавача, већ она представљају подстицај или награду за предузимање друштвено корисног, културног подухвата чињења доступним јавности одређене категорије интелектуалних добара.

Сродноправна заштита издавача једна је од ретких области права интелектуалне својине која није обухваћена процесом хармонизације националних законодавстава. Наиме, најзначајнијим међународним конвенцијама из области ауторског и сродних права – Бернском конвенцијом, Римском конвенцијом, WIPO Интернет уговорима, TRIPS-ом, не уређује се сродноправна заштита издавача. У праву Европске уније, ова област посредно и тек делимично је хармонизована појединим одредбама Директиве бр. 93/98/ЕЕЗ о хармонизацији рока трајања ауторског права и појединих сродних права.[2] Национални законодавац је, дакле, слободан да одлучи да ли ће пружити сродноправну заштиту издавачу или не. Уколико одлучи да такву заштиту пружи, законодавац је слободан да пропише садржину субјективног сродног права, као и да дефинише предмет заштите и субјекат заштите. Претходно не важи једино за државе чланице ЕУ, као и за државе које су, попут Србије, закључиле споразум

[1] И законодавац у Србији погрешно говори о „праву издавача“ (једнина), иако истовремено прописује два засебна сродна права издавача. Вид. Закон о аутор ском праву и сродним правима ЗАСП, *Службени гласник РС,* бр. 104/09, 99/11 и 119/12, глава VI, чл. 141 142.

[2] *Службени лист ЕЕЗ*, бр. L290/1993. Директива бр. 93/98/ЕЕЗ била је на снази до 2006. године, када је усвојена Директива бр. 2006/116/ЕЗ, која је потом измењена и допуњена усвајањем Директиве бр. 2011/77/ЕУ.

о придруживању Унији, пошто оне морају ускладити своје прописе с одредбама Директиве.[3]

У позитивном праву Србије прописана је сродноправна заштита у корист првог издавача слободног дела, као и сродно право издавача штампаних издања на тзв. посебну накнаду. У упоредном праву срећу се још два сродна права којима се штити издавачки подухват. Реч је о праву издавача научног и критичког издања слободног дела, као и о праву издавача на накнаду за интерактивно чињење доступним мањих одломака вести и сродних интелектуалних добара саопштених на Интернету. Анализа сваког од ова четири сродна права омогућиће нам не само да укажемо на различит предмет, субјекат и садржину заштите, већ и на често различиту сврху прописивања заштите, где понекад претежу разлози заштите привредног подухвата, а каткад разлози културне политике.

2. ПРАВО ПРВОГ ИЗДАВАЧА СЛОБОДНОГ ДЕЛА

Право првог издавача слободног дела је искључиво имовинско право које овлашћује свог носиоца да другоме забрани или дозволи да користи ауторско дело које је први пут законито издато или на други начин саопштено јавности након истека имовинскоправних овлашћења аутора, а које раније није било издато.[4]

Увођење сродноправне заштите првог издавача слободног дела у право држава чланица Европске уније, и након тога у право Србије, последица је усклађивања националних прописа са чл. 4 Директиве о хармонизацији рока трајања ауторског права и појединих сродних права. На тај начин остварен је двоструки циљ – пружена је заштита издавачу тзв. постхумног дела, а истовремено је афирмисан (нови) општи рок трајања ауторскоправне заштите за живота аутора и 70 година након његове смрти. Наиме, у вишедеценијском периоду који је претходио усвајању директиве, постхумна дела (енгл. *posthumous works*), тј. дела која су први пут издата након смрти аутора, била су подвргнута различитом правном режиму у националним законодавствима држава чланица ЕУ. Била је то логична последица примене чл. 7, ст. 1 Бернске конвенције за заштиту књижевних и уметничких дела, којим је допуштено државама чланицама да пропишу различит рок трајања ауторскоправне заштите. Наиме, Бернска конвенција

[3] Вид. Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских за једница и њихових држава чланица, с једне стране, и Републике Србије, с друге, чл. 75; Закон о потврђивању Споразума, *Службени гласник РС Међународни уговори,* бр. 83/08.

[4] Вид. ЗАСП, чл. 141.

представља инструмент политике минималне хармонизације, па су државе чланице обавезане само у погледу прописивања минималног рока трајања ауторскоправне заштите који обухвата живот аутора и најмање 50 година након његове смрти.

Поврх тога, чл. 7, ст. 3 Бернске конвенције,[5] државама чланицама било је изричито допуштено да пропишу дужи рок трајања ауторскоправне заштите за постхумна дела у односу на општи рок трајања заштите, што су неке државе и учиниле. На пример, италијанским Законом о ауторском праву из 1941. године било је прописано продужење рока трајања ауторскоправне заштите за 20 година, у односу на општи рок од 50 година од смрти аутора, у случају да је постхумно дело први пут издато у периоду од 20 година од смрти аутора.[6] Слично, немачким Законом о ауторском праву из 1965. године било је прописано продужење рока ауторскоправне заштите за дела која су први пут издата у току последњих 10 година општег рока трајања заштите, али је поврх тога била уведена и сродноправна заштита првог издавача дела за које је ауторскоправна заштита истекла.[7] Заправо, у Немачкој је на време схваћено да се продужавањем рока трајања ауторскоправне заштите постхумних дела не може решити питање заштите издавача постхумних, али слободних дела, тј. дела која су први пут издата након смрти аутора и након истека рока ауторскоправне заштите. Заштита првог издавача слободних дела могла се остварити једино увођењем новог сродног права, што је и учињено усвајањем директиве ЕУ.

Сродноправна заштита првог издавача слободног дела уведена је у правни систем Србије Законом о ауторском праву и сродним правима усвојеним 2004. године.[8] Као предмет заштите јавља се, дакле, ауторско дело које у време трајања ауторскоправне заштите није било издато и које је, након истека имовинскоправних овлашћења аутора, постало „слободно дело“, па га свако може привредно искоришћавати, уз поштовање личноправних овлашћења. Субјект заштите је први издавач слободног ауторског дела које за време трајања ауторскоправне заштите није било издато. То је физичко или, чешће, правно лице у чијој организацији и чијим средствима је први пут издато слободно дело или је оно на други начин учињено доступним јавности.

---

5 Текст ревидиран у Берлину 1908. године.

6 Закон бр. 633 о ауторском праву и сродним правима Републике Италије, *Службени лист Републике Италије,* бр. 166, 16. јули 1941, чл. 31. За подробнију анализу вид. Michel M. Walter, Silke von Lewinski, *European Copyright Law A Commentary,* Oxford University Press, Oxford 2010, 569 570.

7 Закон о ауторском праву СР Немачке, *Службени лист СР Немачке*, бр. 51, 16. септембар 1965, чл. 71.

8 *Службени лист Србије и Црне Горе,* бр. 61/04, чл. 139.

Док се, с једне стране, као услов за заштиту захтева да дело није било издато током трајања субјективног ауторског права, заштита се, с друге стране, пружа не само лицу које прво изда већ и лицу које на неки други начин прво учини доступним јавности такво дело након што оно „уђе" у јавни домен.[9] Првом издавачу слободног дела заштита се пружа као својеврсна награда за предузимање подухвата саопштавања јавности дела које би, у одсуству његове иницијативе, највероватније остало непознато јавности.[10] Законодавац награђује подухват чињења јавно доступним слободног дела, при том не правећи разлику између издавања дела и његовог чињења доступним јавности на други начин (нпр. интерактивним путем).

Ипак, сматрамо да је у случају када се дело први пут саопштава јавности на начин који не представља његово издавање, потребно рестриктивно тумачити појам чињења дела доступним јавности на други начин. Наиме, односна радња требало би да има трајни карактер, тј. да буде такве природе да омогућава релевантној јавности да се подробно упозна с делом, расправља о његовим уметничким дометима и сл. Такође, сматрамо да би заштиту требало пружити само оном лицу које је уложило одређена средства у чин првог чињења доступним јавности слободног дела, јер је *ratio* овог сродног права, између осталог, пружање сатисфакције за одређени привредни подухват. Приликом једнократног емитовања дела, његовог интерпретирања, или пак саопштавања на Интернету путем *streaming* технологије, време, рад и новац инвестирани у такву радњу су занемарљивог обима, па пружање сродноправне заштите није оправдано. Радња првог саопштавања јавности слободног дела која би, по нашем мишљењу, оправдано уживала заштиту било би интерактивно чињење доступним јавности слободног дела његовим трајним постављањем на, за ту сврху, посебно израђени веб-сајт, са кога је могуће преузети примерак дела.

Сродноправна заштита се не пружа у случају када слободно дело током трајања ауторскоправне заштите није било издато, иако јесте било саопштено јавности на други начин. Ограничавање законодавца на радњу издавања дела објашњава се чињеницом да би у пракси било веома сложено утврдити да ли је слободно дело током трајања ауторскоправне заштите било саопштено јавности на други начин, док се чињеница издавања дела релативно лако утврђује,

---

9 У правној теорији не постоји општеприхваћена дефиниција јавног домена. У овом раду, под појмом јавног домена подразумеваћемо она интелектуална добра која су била заштићена али је трајање заштите престало. Више о садржини јавног домена: Слободан М. Марковић, „Јавни домен и право интелектуалне својине", *Право и привреда* 4 6/2011, 819 832.

10 Вид. Слободан М. Марковић, Душан В. Поповић, *Право интелектуалне својине,* Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 95 96.

будући да ова радња подразумева израду телесних примерака дела у броју довољном да задовољи потребе релевантне јавности.

Дословно преносећи текст директиве ЕУ, законодавац у Србији пружа заштиту само подухвату првог *законитог* издавања или саопштавања јавности слободног дела. О потреби наглашавања карактера законитости предузете радње постоје, међутим, спорења. У праву интелектуалне својине, законито предузета радња привредног искоришћавања заштићеног интелектуалног добра јесте свака радња која је предузета уз сагласност носиоца права. Пошто је у конкретном случају реч о првом издавању или саопштавању јавности слободног дела, лице које предузима овај привредни подухват не мора тражити сагласност, јер је ауторскоправна заштита престала а дело већ ушло у јавни домен. Уколико придев „законито" није последица грешке у редактури, на шта указују поједини правни теоретичари,[11] овај услов могао би се тумачити једино у контексту вршења личноправних овлашћења аутора, и то најпре овлашћења на објављивање дела. Наиме, законито би било само оно прво издавање или чињење доступним слободног дела са којим би се сагласила удружења аутора и/или институције из области науке и уметности који врше личноправно овлашћење на објављивање дела након што је дело ушло у јавни домен. Претходно тумачење могуће је само под условом да дело није било објављено док је уживало ауторскоправну заштиту, па у статус слободног дела улази и као необјављено и као неиздато дело. Такође, овакво тумачење услова законитости могуће је само у државама у којима је, као што је то случај у Србији, субјективно ауторско право устројено у складу с монистичком теоријом, у којима моралноправна овлашћења аутора не застаревају, и у којима овлашћење на објављивање (слободног) дела могу вршити удружења аутора и институције из области науке и уметности.[12]

Право првог издавача слободног дела је имовинско право, што је заједничка карактеристика свих сродних права осим права интерпретатора. Носилац права нема никаква моралноправна овлашћења, јер он није духовни стваралац дела. Имовинскоправна овлашћења носиоца права првог издавача слободног дела аналогна су имовинскоправним овлашћењима аутора. Право првог издавача слободног дела траје 25 година од дана првог издавања слободног дела, односно од дана његовог првог саопштавања јавности на други начин.

Увођењем сродног права првог издавача слободног дела законодавац је недвосмислено нарушио концепт јавног домена, „захватајући" из њега одређена слободна ауторска дела и искључиво их штитећи

[11] Вид. нпр. M. M. Walter, S. von Lewinski, 574.

[12] Под условом да се аутор није за живота изричито противио објављивању дела.

више не ауторским, већ сродним правом. Сродноправна заштита која се на овај начин пружа релативно је краткотрајна (25 година) у поређењу с просечним роком трајања заштите интелектуалних добара путем других права интелектуалне својине, а нарочито у поређењу с трајањем ауторскоправне заштите. То, ипак, не умањује озбиљност нарушавања концепта јавног домена до кога на овај начин долази. Међутим, можемо се запитати каква је друштвена корист од преласка неиздатог ауторског дела у статус слободног дела, уколико јавност нема прилику да се упозна с његовом садржином. Да није било подухвата првог издавања, односно саопштавања јавности раније неиздатог дела, концепт јавног домена не би у конкретном случају остварио своју сврху.[13] Због тога се може закључити да је сродноправна заштита првог издавача слободног дела уведена не само како би се заштитио одређени привредни подухват, већ, још више, како би се наградио друштвено корисни подухват „откривања" једног ауторског дела и чињења његове садржине доступном јавности.

3. ПРАВО ИЗДАВАЧА ШТАМПАНОГ ИЗДАЊА НА ПОСЕБНУ НАКНАДУ

Право издавача штампаних издања на посебну накнаду је искључиво право које овлашћује свог носиоца да убира на накнаду од производње, односно промета уређаја и средстава који су подобни за умножавање ауторских дела штампањем.[14] Предмет заштите је штампано издање, односно ауторско дело које је умножено штампањем у довољном броју примерака да задовољи потребе релевантне јавности. Субјект заштите је издавач штампаних издања. То је физичко или, чешће, правно лице у чијој организацији и чијим средствима је издато штампано издање.

Ово сродно право уведено је у правни систем Србије важећим Законом о ауторском праву и сродним правима, усвојеним 2009. године. Увођење сродноправне заштите издавача штампаних издања у погледу убирања посебне накнаде није последица усклађивања домаћег права с правом ЕУ, већ је последица утицаја иностраног ауторскоправног и сродноправног законодавства. Овај вид заштите познаје, на пример, француско право,[15] а постоји и у неким државама у окружењу

[13] Тако и: Valérie Laure Benabou, Séverine Dussolier, „Draw me a public domain", *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research* (ed. P. Torremans), Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2007, 182 183.

[14] Вид. ЗАСП, чл. 142, ст. 1.

[15] Законик о интелектуалној својини Републике Француске, консолидована верзија од 22. децембра 2014, чл. Л311 1 до Л311 8.

(БиХ,[16] Хрватска,[17] Црна Гора[18]). Ипак, треба имати на уму да се правни режим посебне накнаде, која се убира некад на основу имовинскоправног овлашћења које чини садржину ауторског права, а каткад и на основу сродног права издавача штампаних издања, у упоредном праву веома разликује, а у појединим државама посебна накнада не постоји.[19]

Тврдња да право издавача штампаног издања на посебну накнаду није уведено у правни систем Србије као последица усклађивања с правом ЕУ заслужује посебно образложење, с обзиром на чињеницу да правни режим посебне накнаде јесте делом уређен прописима Уније. Наиме, чл. 5, ст. 2, б) Директиве ЕУ о информатичком друштву[20] државама чланицама допушта се да пропишу ограничења искључивог овлашћења на умножавање ауторских дела и предмета сродноправне заштите, уколико се радња умножавања предузима за приватне потребе, под условом да носиоци права добију правичну накнаду. Међу носиоцима права који имају право на посебну накнаду, а који су таксативно наведени у чл. 2, ст. 1 Директиве, на који упућује чл. 5, ст. 2, б) Директиве, нема носилаца сродног права издавача штампаних издања. Због тога је концепцијски тешко одрживо директно повезивање овог сродног права издавача с имовинскоправним овлашћењем аутора на посебну накнаду, на начин на који то чини српски законодавац.[21] Поменути концепцијски проблем могао би се једноставно отклонити минималним редакторским интервенцијама које би учиниле овај облик сродноправне заштите истински „независним“, без упућивања на овлашћење аутора на посебну накнаду.

Право издавача штампаних издања је имовинско право. Носилац права има само једно неискључиво имовинскоправно овлашћење

16 Закон о ауторском и сродним правима БиХ, *Службени гласник Босне и Херцеговине,* бр. 63/10, чл. 138.

17 Закон о ауторском праву и сродним правима Републике Хрватске, *Народне новине,* бр. 167/03, 79/07, 80/11, 125/11, 141/13 и 127/14, чл. 145.

18 Закон о ауторском и сродним правима Републике Црне Горе, *Службени лист Црне Горе,* бр. 37/11, чл. 138.

19 На пример, у Луксембургу, на Малти, у готово свим азијским државама. Вид. WIPO, International Survey on Text and Image Copyright Levies (2014), *http://www.wipo.int/freepublications/en/archive.jsp?cat copyright*, 11. јануар 2015.

20 Директива бр. 2001/29/ЕЗ о хармонизацији одређених аспеката аутор ског права и сродних права у информатичком друштву, *Службени лист ЕЗ,* бр. L167/2001.

21 И у праву БиХ уочен је исти проблем. Вид. Иза Разија Мешевић, „Ра подјела прихода од права на накнаду за приватну употребу након пресуде суда (треће веће) од 9. фебруара 2012. године“, *Правне и инфраструктурне основе за развој економије засноване на знању* (ур. Б. Влашковић), Правни факултет Универ зитета у Крагујевцу, Крагујевац 2013, 189 206.

– овлашћење на накнаду од производње, односно промета уређаја и средстава који су подобни за умножавање ауторских дела (тзв. право на посебну накнаду). Оно укључује и овлашћење на накнаду која се плаћа у случају пружања услуге репрографског умножавања уз накнаду. Ово овлашћење носилац права остварује под истим условима који важе за аутора. На први поглед, логично би било да је обвезник плаћања ове накнаде лице које врши умножавање. Међутим, због практичних разлога везаних за администрирање те обавезе, она је наметнута лицима која производе, односно стављају у промет уређаје и опрему који су подобни за умножавање ауторских дела. Конкретно, у Србији, за плаћање накнаде солидарно одговарају произвођачи и увозници уређаја и опреме. Износ накнаде утврђује се посебним подзаконским актом. Такође, у случају умножавања дела фотокопирањем законодавац је прописао да је обвезник плаћања посебне накнаде свако лице које на комерцијалној основи пружа услуге фотокопирања.[22]

Право издавача штампаних издања на посебну накнаду траје 50 година од законитог издавања дела. У Србији је прописано обавезно колективно остваривање права на посебну накнаду, али одговарајућа организација још не постоји, због чега се овај облик сродноправне заштите издавача у нашој земљи не спроводи.[23] Прописано је да ће се накнада делити између издавача и аутора на једнаке делове.[24]

Издавачу штампаних издања се овим сродним правом пружа заштита како би му се компензовали економски губици које трпи због масовног *законитог* умножавања штампаних издања, за личне некомерцијалне потребе, на основу законом прописаног ограничења права. Право на посебну накнаду није, дакле, како се често погрешно схвата, компензација аутору и издавачу за незаконито умножавање штампаних издања, тј. за радње повреде субјективног ауторског права.[25] Овај облик сродноправне заштите издавача штампаних издања може се оспоравати из истих разлога из којих се оспорава оправданост прописивања имовинскоправног овлашћења на посебну накнаду, које чини садржину субјективног ауторског права. Наиме, питање је да ли национални законодавац на правилни начин одређује износ посебне накнаде, тј. да ли тај износ реално одсликава штету коју од коришћења дела на основу прописаног ограничења права

22 За подробнију анализу вид. С. М. Марковић, Д. В. Поповић, 74 76.

23 У Србији је у фебруару 2014. године одржана оснивачка скупштина Организације за остваривање репрографских права. Ова организација још увек није добила дозволу за обављање делатности од Завода за интелектуалну својину.

24 Вид. ЗАСП, чл. 142, ст. 3.

25 Мада има држава у којима се посебна накнада наплаћује и у вези са не законито умноженим примерцима ауторских дела (нпр. Швајцарска). Вид. WIPO International Survey on Private Copying Law and Practice 2013, *http://www.wipo.int/freepublications/en/archive.jsp?cat copyright*, 8. јануар 2015.

трпе његови носиоци. Износ накнаде морао би бити одређен у односу на (претпостављену) учесталост коришћења дела, као и у односу на вредност интелектуалног добра које се умножава, а не, као што је то случај у Србији, у односу на малопродајну цену техничког уређаја подобног за умножавање дела и носача слике, звука и текста.[26]

4. ПРАВО ИЗДАВАЧА КРИТИЧКОГ И НАУЧНОГ ИЗДАЊА СЛОБОДНОГ ДЕЛА

Право издавача критичног и научног издања слободног дела је искључиво право које овлашћује свог носиоца да другоме забрани или дозволи да користи ауторско дело чије критичко и научно издање је издао по истеку имовинскоправних овлашћења аутора. Правом ЕУ допушта се државама чланицама да уведу овај облик сродноправне заштите.[27] Државе чланице које пропишу ово сродно право дужне су да о томе одмах обавесте Европску комисију.[28] Домаћи законодавац одабрао је да, за сада, не прописује овај облик сродноправне заштите издавача.

Предмет заштите је ауторско дело које је, по истеку имовинскоправних овлашћења аутора, законито издато, под условом да је такво издање резултат научног истраживања или обраде и битно се разликује од постојећих издања тог дела. Под критичким и научним издањем ауторског дела подразумева се, на пример, рестаурација оригиналног текста дела уз помоћ ранијих издања, при чему се различити текстови упоређују и анализирају у светлу постојеће архивске грађе. Такође, под критичким и научним издањем може се подразумевати транскрипција дела написаног на одређеном старовековном писму у савремено писмо. Критичко и научно издање треба, дакле, разликовати од дела прераде, као и од независних, засебних научних дела, која свакако (одвојено) уживају ауторскоправну заштиту. Ипак, понекад рад на критичком и научном издању ауторског дела може резултирати настанком дела прераде, које ужива ауторскоправну заштиту.

[26] Сличан став заузео је и Макс Планк Институт за иновацију и конкуренцију: Stakeholder Consultation on Copyright Levies in a Converging World: Response of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Munich, 2007, поглавље IV, *http://www.ip.mpg.de,* 20. децембар 2014. За правила о начину утврђивања износа посебне на кнаде у Србији вид. ЗАСП, чл. 171б.

[27] Директива ЕУ о хармонизацији рока трајања ауторског права и појединих сродних права, чл. 5.

[28] Државе чланице дужне су да обавесте Европску комисију о увођењу овог, као и било ког другог новог облика сродноправне заштите. Вид. Директива ЕУ о хармонизацији рока трајања ауторског права и појединих сродних права, чл. 5 и тач. 20 преамбуле.

То је, на пример, случај када се „допуњују" сегменти дела који су изостављени или се добро не виде. Критичко и научно издање често садржи и пратеће коментаре (нпр. предговор), критичку анализу дела и друге забелешке, који, уколико за то испуњавају услове, могу засебно уживати ауторскоправну заштиту као писана дела. Као и приликом нормирања сродног права првог издавача слободног издања, у тексту директиве ЕУ наглашава се карактер *законитости* радње издавања критичког и научног издања слободног дела.[29] Имајући на уму чињеницу да се радња издавања одвија након престанка имовинскоправних овлашћења аутора, што за последицу има престанак обавезе прибављања сагласности од (некадашњег) носиоца субјективног ауторског права за предузимање радње привредног искоришћавања дела, сматрамо да није било нужно наглашавати карактер законитости предузете радње. Чак и у случају када би за приступ одређеном извору било потребно прибавити сагласност лица или установе која поседује примерак дела (нпр. сагласност архива у коме се чува примерак дела чије критичко издање се жели начинити), издавање критичког и научног издања без прибављања такве сагласности не би смело да доведе до ускраћивања сродноправне заштите издавачу. Ово стога што, с обзиром на ауторскоправне и сродноправне прописе, такво издање не би било незаконито, јер је реч о издању слободног дела.[30]

Субјект заштите је издавач критичког и научног издања *слободног* ауторског дела. То је лице у чијој организацији и чијим средствима је издато критичко и научно издање ауторског дела, након истека имовинскоправних овлашћења аутора. Сродноправна заштита пружа се, дакле, као вид економске сатисфакције лицу које је предузело одређени привредни подухват. Ипак, поред овог класичног циља ради чијег остварења се пружа сродноправна заштита, код сродног права издавача критичког и научног издања слободног дела присутан је и циљ који се огледа у остваривању друштвене користи од приступа јавности (новом) критичком и научном издању дела, чиме се увећава општи фонд друштвеног знања. Постојање овог додатног *ratio legis*-а пружања сродноправне заштите утврдили смо и код сродног права првог издавача слободног дела. Имовинскоправна овлашћења носиоца права издавача критичког и научног издања слободног дела одговарају имовинскоправним овлашћењима аутора. Право издавача критичког и научног издања слободног дела траје највише 30 година

[29] У појединим државама је приликом усаглашавања домаћих прописа са правом ЕУ преузет неизмењени текст овог члана директиве. Вид. нпр. Закон о ау торском и сродним правима БиХ, чл. 140, ст. 2.

[30] Ипак, услов законитости могуће је тумачити у контексту вршења лично правних овлашћења, као што је раније објашњено.

од првог законитог издања дела.[31] Државе чланице ЕУ слободне су да пропишу и краћи рок трајања сродноправне заштите.

5. ПРАВО ИЗДАВАЧА НА НАКНАДУ ЗА ИНТЕРАКТИВНО ЧИЊЕЊЕ ДОСТУПНИМ ОДЛОМАКА ВЕСТИ И СРОДНИХ ИНТЕЛЕКТУАЛНИХ ДОБАРА

У правним системима појединих европских земаља недавно је уведено ново сродно право издавача на накнаду за интерактивно чињење доступним одломака вести и сродних интелектуалних добара. Реч је о облику сродноправне заштите који овлашћује издаваче да потражују накнаду од интернет-сервиса на којима се на збирни начин саопштавају одломци вести (најчешће наслови и сам почетак текста), чиме се интернет саобраћај усмерава према сајтовима таквих интернет-сервиса, уместо ка сајтовима медијских кућа које су сачиниле вести. Обим интернет саобраћаја (број посета корисника сајту) утиче на цену огласног простора, због чега медијске куће могу остварити мањи приход од своје веб-презентације. Пружаоци услуге интерактивног чињења доступним одломака вести и других сродних интелектуалних добара називају се и „агрегаторима вести" (енгл. *news aggregators*). Свакако најпознатији интернет-сервис који пружа овакву услугу је „Google News". Услуга оваквих интернет сајтова понекад се ограничава на збирно саопштавање јавности наслова вести преузетих с других сајтова, а каткад може бити комбинована и са саопштавањем чланака који су написани само за потребе сајта пружаоца услуге.

Прва европска држава која је прописала овај облик сродноправне заштите издавача била је Немачка 2013. године.[32] Тако, издавач новинског издања има искључиво овлашћење да другоме дозволи или забрани да јавно саопшти издање или његов одломак у комерцијалне сврхе, осим уколико се не ради о одломку малог обима или само о појединим речима.[33] Новинско издање дефинише се као скуп новинских чланака, с уређивачком и техничком опремом, који се издаје периодично под збирним насловом и на било ком носачу, и који претежно не служи у маркетиншке сврхе. Као пример таквог новинског издања немачки законодавац наводи чланке и илустрације

[31] Директива ЕУ о хармонизацији рока трајања ауторског права и појединих сродних права, чл. 5.

[32] Закон о изменама и допунама Закона о ауторском праву и сродним прави ма, *Службени лист СР Немачке*, бр. 23, 14. мај 2013.

[33] Вид. Закон о ауторском праву и сродним правима СР Немачке, чл. 87ф, 87г и 87х.

који служе информисање или за забаву.[34] За рад интернет-сервиса који саопштавају одломке новинских издања од кључног значаја је питање обима преузетог одломка. Сматрамо да се под појам „одломка малог обима“ свакако може подвести сâм наслов новинског чланка. Остаје, међутим, нејасно да ли је дозвољено преузети и почетак чланка (првих неколико реченица), како се то обично чини. На ово питање одговор ће дати немачки судови у споровима због повреде права. Такође, сматрамо практично изузетно тешким задатком раздвојити новинска издања која претежно не служе у маркетиншке сврхе од оних која су сачињена претежно у сврху промоције. Тај задатак је посебно сложен код маркетиншких чланака, код којих оквирну тему чланка бира оглашивач, а садржина, осим што одсликава ставове оглашивача, садржи и ставове новинара/редакције.

Ово сродно право издавача траје годину дана од дана издавања новинског издања. Титулар се може одрећи свог права на накнаду. Након што је Закон о изменама и допунама ЗАСП Немачке ступио на снагу, водећи издавачи новинских издања дозволили су „Гуглу“ и другим пружаоцима услуге да без накнаде преузимају одломке њихових вести. Заправо, једина промена која је наступила на немачком тржишту онлајн вести састоји се у чињеници да су такви интернет-сервиси сада у обавези да унапред прибаве сагласност медијских кућа за укључивање одломака њихових вести у своју понуду. Ранији пословни модел *opt out,* који је подразумевао да ће одломци вести свих медијских кућа бити обухваћени услугом, а да они који то не желе треба да изричито затраже да буду изузети из тог подухвата, сада је замењен пословним моделом *opt in,* по коме без претходне сагласности медијске куће и плаћања накнаде (осим када се титулар одрекао права на накнаду) није дозвољено укључити одломке вести у онлајн збирку таквих одломака. Преовлађујућа реакција немачких издавача на увођење новог облика сродноправне заштите, која се огледала у давању сагласности за коришћење одломака вести без накнаде, демантовала је поједине економске студије, објављиване последњих година, у којима је закључено да сајтови „агрегатора вести“ нису комплементарни сајтовима медијских кућа већ пре представљају њихове супституте.[35] С обзиром на реакцију водећих немачких издавача, који су проценили да ће већу штету претрпети ако њихове вести не буду

[34] *Ibid.* За коментар цитираних одредаба вид. Igor Barabash, „Ancillary Copyright for Publishers: The End of Search Engines and News Aggregators in Germany?“, *European Intellectual Property Review* 5/2013, 243 245; Andrea Montanari, „Lex Google: Copyright Law and Internet Providers Future Enemies or Allies“?, *European Intellectual Property Review* 8/2013, 433 438.

[35] Вид. нпр. Chrysanthos Dellarocas, Zsolt Katona, William Rand, „Media, Aggregators, and the Link Economy: Strategic Hyperlink Formation in Content Networks“, *Management Science* 10/2013, 2360 2379.

индексиране у спорним интернет-сервисима него уколико се одрекну накнаде која им припада као титуларима сродног права, намеће се питање због чега је уопште уведен овај облик сродноправне заштите.

У Шпанији, која је такође прописала сродноправну заштиту издавача у случају интерактивног чињења доступним одломака вести,[36] дошло је до драстичне последице – „Гугл“ је након ступања на снагу новог прописа укинуо услугу обједињавања одломака вести. Наиме, титулар сродног права издавача у Шпанији не може се одрећи права на накнаду, па је овај облик сродноправне заштите издавача знатно повећао трошкове пружања услуге обједињавања одломака вести. Упоређујући искуства држава у којима је уведено сродно право издавача на накнаду за интерактивно чињење доступним одломака вести и сродних интелектуалних добара, као што су Немачка и Шпанија, са искуствима држава које су разматрале прописивање таквог облика сродноправне заштите издавача, па од тога одустале, као што су то Француска и Белгија, можемо закључити да су, парадоксално, издавачи имали већу корист од саме „претње“ увођењем новог сродног права. Наиме, док је „Гугл“, који у европским државама има највећи удео на тржишту пружања услуге обједињавања одломака вести, престао да послује у Шпанији и тако избегао плаћање накнаде издавачима, при чему накнаду по правилу не плаћа ни у Немачкој где су се сами титулари одрекли права на накнаду, у Француској и Белгији је влада повукла предлог за увођење новог облика сродноправне заштите након што је „Гугл“ постигао споразум са издавачима новинских издања о пружању (финансијске) подршке развоју дигиталног издаваштва.[37]

На први поглед могло би се закључити да је законодавац прописивањем права издавача на накнаду за интерактивно чињење доступним одломака вести и сродних интелектуалних добара превасходно пружио заштиту привредном подухвату саопштавања ових интелектуалних добара на Интернету. Међутим, при анализирању сврхе овог вида сродноправне заштите издавача не би требало занемарити чињеницу да у конкретном случају овај подухват не подразумева никакву значајнију инвестицију. Издавачи данас свакако имају своје веб-сајтове, а њихово ажурирање новим вестима не ствара никакве веће трошкове. Такође, упоредимо ли сродно право издавача на накнаду за интерактивно чињење доступним одломака вести са сродним правом произвођача базе података, којим се такође штити

---

[36] Закон о изменама и допунама Закона о интелектуалној својини, *Службени лист Краљевине Шпаније,* бр. 268, 5. новембар 2014, чл. 1, ст. 5.

[37] Појединости ових споразума подробније су објашњене на сајту „Гугловог“ европског блога: *http://googlepolicyeurope.blogspot.it,* 12. децембар 2014 (вид. архиву).

интелектуално добро које се привредно искоришћава уз помоћ рачунарског програма, уочавамо једну крупну разлику. Наиме, повреда права произвођача базе података постоји у случају када треће лице без сагласности титулара права преузима квалитативно и квантитативно битан део садржине базе података, као и у случају када се преузима квалитативно и квантитативно небитан део садржине базе података али се ти делови поновљено и систематски користе, што је у супротности с уобичајеним начином коришћења или неразумно оштећује легитимне интересе произвођача базе података.[38] Титулар права произвођача базе података, дакле, мора доказати да коришћење делова базе угрожава повраћај средстава инвестираних у израду базе података. Насупрот томе, повреда права издавача на накнаду за интерактивно чињење доступним одломака вести постоји сваки пут када се преузима фрагмент туђег интелектуалног добра. Титулар не мора доказати да услед радњи „агрегатора вести" не може повратити инвестицију.[39] Из свега претходног закључујемо да заштита привредног подухвата није била примарна и непосредна сврха прописивања овог облика сродноправне заштите издавача.

Стога сматрамо исправнијим закључак по коме се интервенција законодавца објашњава интересима сузбијања нелојалне конкуренције. Наиме, преузимањем одломака туђих вести ствара се сајт чијом садржином се паразитски искоришћава резултат туђег рада. Иако се том приликом не имитирају туђа интелектуална добра у целини, већ се само преузимају њихови делови (наслови/одломци вести), таква делатност свакако има одлике паразитизма, пошто постоји велика несразмера између рада који је уложио стваралац вести и рада који је уложио пружалац онлајн услуге обједињавања одломака вести. Таква услуга, став је законодавца и појединих економиста, представља супститут сајту „изворног" ствараоца вести, чиме се медијским кућама онемогућава да (у пуној мери) остваре имовинску корист од свог интелектуалног добра.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Претходна анализа различитих облика сродноправне заштите издавача потврдила је постојање заједничког *ratio legis*-а, који се

[38] ЗАСП, чл. 138, ст. 2; Директива бр. 96/9/ЕЗ о правној заштити база пода така, *Службени лист ЕЗ,* бр. L77/1996, чл. 7. Очигледна је интенција законодавца да тумачење ове одредбе усклади с тумачењем појединих критеријума из „теста у три корака" (упор. чл. 13 TRIPS а).

[39] За упоредну анализу вид. Guido Westkamp, „The new German publisher's right a violation of European Law? A comment", *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 3/2013, 241 250.

састоји у пружању услова титулару да оствари повраћај средстава уложених у привредни подухват издавања, као и да оствари додатну имовинску корист од свог рада. У ту сврху прописана је сродноправна заштита издавача слободних дела, као и право издавача штампаних издања на посебну накнаду. Посредно, разлози заштите привредног подухвата били су релевантни и приликом прописивања заштите издавача у случају интерактивног чињења доступним одломака вести и других сродних интелектуалних добара. Ипак, с обзиром на чињеницу да повреда овог права постоји сваки пут када треће лице преузме одломак вести, без обавезе да се доказује немогућност повраћаја инвестиције, сматрамо исправнијим закључак по коме је овај облик сродноправне заштите прописан превасходно из разлога сузбијања нелојалне конкуренције коју чине сајтови на којима се обједињавају одломци туђих вести. Анализа је, поврх тога, показала да два од четири облика сродноправне заштите издавача служе и као својеврсни инструмент културне политике, по чему она наликују ауторском праву. Наиме, законодавац је прописујући сродноправну заштиту првог издавача слободног дела и заштиту издавача критичког и научног издања слободног дела заправо наградио културни подухват омогућавања јавности да приступи одређеном ауторском делу, чиме се увећава општи фонд друштвеног знања. Управо овај аспект издавачког подухвата оправдава задирање у јавни домен, које настаје као последица остваривања сродноправне заштите издавача слободних дела.

У праву Србије прописана је само сродноправна заштита првог издавача слободног дела и заштита издавача штампаних издања у погледу остваривања посебне накнаде. Иако у домаћем правном систему не постоји посебно сродно право издавача научног и критичког издања слободног дела, сматрамо да постојећи инструменти сродноправне и, са њима повезане, ауторскоправне заштите омогућавају издавачу критичког и научног издања слободног дела да оствари имовинску корист од свог привредног подухвата. Наиме, пратећи коментари и анализе свакако могу уживати ауторскоправну заштиту под општим условима, па би издавачи таквих (штампаних) издања остваривали право на посебну накнаду. Исто важи и у случају настанка дела прераде. С друге стране, у случају „чистог“ научног и критичког издања слободног дела, тј. издања без елемената који могу уживати ауторскоправну заштиту, издавач би могао остварити заштиту на основу сродног права првог издавача слободног дела. Овај вид сродноправне заштите могао би, међутим, да ужива само први издавач таквог издања. Издавач критичког и научног издања, по правилу, и јесте први издавач, пошто слободно дело раније није било издато „у пуној садржини“ (нпр. постоји раније издање дела сачињеног на старовековном писму, али је тек у савременом научном

и критичком издању успешно реконструисан текст у пуном обиму). Најзад, имајући на уму искуства других држава, сматрамо да домаћи законодавац не треба да пропише сродноправну заштиту издавача у погледу интерактивног чињења доступним одломака вести и других сродних интелектуалних добара све док се не буде могло недвосмислено закључити да ли корисници Интернета сматрају сајтове „агрегатора вести“ супститутом сајтова издавача.

Dr Dušan V. Popović

Associate Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

CRITICAL ASSESSMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS' PROTECTION OF PUBLISHERS: PROTECTION OF COMMERCIAL OR CULTURAL UNDERTAKING

Summary

In this paper the author discusses the legal policy reasons for the introduction of different forms of copyright and related rights' protection of publishers, existing in Serbian and comparative law: right of first publisher of previously unpublished work, publisher's right to a levy, right of publisher of critical and scientific publications, and right of online news publishers. It is argued in favour of a separate regulation of each of publisher's rights and pointed out to their different subject, content and object of protection. Although related rights of publishers are generally prescribed with a view to ensuring the protection of a commercial undertaking, the author also identifies certain reasons of cultural policy which led the legislator to provide for the legal protection of publishers of works already in public domain. Only the need to recompense the person who made available to the public a work which would otherwise remained practically unknown could justify such intervention into the public domain. Finally, it is concluded that the protection of online news producers in case of the making available of the parts of their media coverage by news aggregators could be seen as an instrument of protection against unfair competition.

Key words: *Intellectual Property Law. – Copyright and Related Rights. – Publisher. – Reproduction. – „Making Available Of“ Right.*

УДК 347.75:339.178.4; 347.75:347.732

CERIF: S144

Др Мирјана Радовић*

ПРОВИЗИЈА ТРГОВИНСКОГ ЗАСТУПНИКА

У овом раду ауторка анализира провизију трговинског заступника као најзначајнију врсту накнаде из уговора о трговинском заступању. У Европској унији је ово питање детаљно регулисано 1986. године Директивом 86/653/ЕЕЗ о трговинским заступницима, док важећи српски Закон о облигационим одно сима с њом још увек није усклађен. Таква ситуација би требало да се проме ни усвајањем новог српског Грађанског законика, с обзиром на то да актуелни Преднацрт садржи бројна нова решења, која су инспирисана наведеном Ди рективом. Први део рада посвећен је дефинисању појма провизије и његовом разграничењу од појма накнаде трговинског заступника. Након тога су објашњене врсте провизије, и то: провизија за посредовање (закључење угово ра), провизија за подручје или клијенте, провизија за накнадно закључене угово ре, делкредере провизија и инкасо провизија. У следећем делу рада се испитује да ли је провизија, односно њена конкретна врста, битан или природан еле мент уговора о трговинском заступању. Коначно, последњи део рада се бави питањем висине и обухвата провизије из угла диспозитивног правног режима успостављеног Директивом и важећим, односно предложеним, српским закон ским правилима.

Кључне речи: *Уговор о трговинском заступању. Директива 86/653/ЕЕЗ о трговинским заступницима. Провизија. Накнада.*

1. УВОД

Трговинско заступање је значајна делатност која привредним субјектима олакшава дистрибуцију производа, односно услуга, до крајњих корисника.[1] Уговором о трговинском заступању се између

* Ауторка је доценткиња Правног факултета Универзитета у Београду, *mirjanam@ius.bg.ac.rs*

[1] Упор.: Claus Wilhelm Canaris, *Handelsrecht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuch handlung, München 2006[24], 248; Tobias Lettl, *Handelsrecht*, Verlag C. H. Beck, München

трговинског заступника и трговца као налогодавца успоставља трајни однос, током кога трговински заступник има овлашћење и обавезу сталног посредовања и/или закључења одређене врсте уговора с трећим лицима (клијентима) у име налогодавца.[2] Поред тога, трговински заступник може с налогодавцем да уговори пружање и других врста услуга, попут гарантовања за уредно испуњење обавеза трећег из закљученог уговора у име принципала (прихватање делкредере одговорности), или наплате потраживања принципала према трећем лицу (услуге инкаса). Заузврат, налогодавац према трговинском заступнику преузима обавезу плаћања одговарајуће накнаде.

Накнада као противчинидба принципала за услуге трговинског заступника се најчешће дугује у виду провизије. Отуда је једино провизија предмет детаљне регулативе на нивоу Европске уније, која је усвојена с циљем заштите трговинског заступника. Нажалост, решења српског Закона о облигационим односима, који уређује уговор о трговинском заступању, значајно одступају од правног режима успостављеног у Европи. Међутим, с обзиром на то да је Србија преузела обавезу усклађивања националног права с комунитарним правом, а нарочито у области трговине, важећа правила ће у догледно време морати да буду измењена.[3] Управо с тим циљем је израђен део Преднацрта новог српског Грађанског законика, који се бави провизијом трговинског заступника.

У редовима који следе детаљно се анализира комунитарни правни режим провизије трговинског заступника уз поређење с важећим правилима у српском праву. Најзад, свако питање се истражује и из угла предложених правила у Преднацрту, како би се утврдила њихова усклађеност с датим комунитарним решењима. Предстојећа анализа ограничава се на питања појма, врста, правног значаја, висине и обухвата провизије, док је проблем стицања и губитка правног захтева за плаћање провизије предмет посебног рада.

2007, 125; Martijn W. Hesselink *et al*., *Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Volume 2, Munich 2006, 157.

[2] C. W. Canaris, 248, 251; T. Lettl, 126; Heinz Krejci, *Handelsrecht*, Wien 2005[3], 334; Мирко С. Васиљевић, *Трговинско право*, Београд 2014[14], 131; Ивица Јанковец, *Привредно право*, Београд 1999[4], 524, 525; M. W. Hesselink *et al*., 157; упор.: Fergus Randolph, Jonathan Davey, *Guide to the Commercial Agents Regulations*, Hart Publishing, Oxford Portland (Oregon) 2003, 39 и даље.

[3] Закон о потврђивању споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, с једне, и Републике Србије, с дру ге стране, *Службени гласник РС Међународни уговори*, бр. 83/08, чл. 72.

2. РЕГУЛАТОРНИ ОКВИР

2.1. Директива 86/653/ЕЕЗ о трговинским заступницима

Провизија трговинског заступника је у Европској унији детаљно регулисана Директивом 86/653/ЕЕЗ о усклађивању права држава чланица у вези са самозапосленим трговинским заступницима (у даљем тексту: Директива).[4] Ова директива је ступила на снагу крајем 1986. године, а имплементирана је у национална права скоро свих држава чланица до 1. јануара 1990.[5] Захваљујући томе, данас у Европској унији постоји хармонизован правни режим провизије трговинског заступника. Приликом дефинисања појма трговинског заступника Директива је значајно сузила свој домен примене, будући да се ограничила на уређење сталног посредовања искључиво у куповини или продаји робе.[6] Стога се њена правила не примењују на, данас подједнако значајне, трговинске заступнике у области услуга, попут заступника у осигурању, туристичких агенција, посредника у испоруци електричне енергије, посредника у пружању телефонских услуга, пловидбених агената, и сл.[7] Ипак, државе чланице биле су слободне да приликом имплементације прошире примену њених правила на све трговинске заступнике, што су неке од њих и учиниле.[8] Наведено проширење домена примене правила је пожељно, јер омогућава успостављање јединственог правног режима, чиме се постиже равноправност трговинских заступника, у смислу једнаког поступања у суштински једнаким случајевима, без обзира на делатност у којој су ангажовани.

Основни мотив за усвајање посебних правила о провизији у оквиру Директиве се огледао у потреби за заштитом трговинског заступника у односу на принципала (налогодавца).[9] Наиме, пре Ди-

[4] Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self employed commercial agents Commercial Agents Directive, *Official Journal* L 382, 31.12.1986.

[5] Commercial Agents Directive, Art. 22.

[6] Commercial Agents Directive, Art. 1(2); C. W. Canaris, 249; Karl Heinz Thume, „Der Provisionsanspruch des Handelsvertreters: Grenzen der Vertragsgestaltung“, *Betriebs Berater* 2012, 975; Мирослав Пауновић, „Директива о трговинским заступ ницима 86/653/ЕЕС“, *Европско законодавство* 5/2003, 7.

[7] K. H. Thume, 975; упор.: Mathias Effenberger, „Kommentar zu § 87 HGB“, *http://www.jusline.de/index.php?cpid f92f99b766343e040d46fcd6b03d3ee8&lawid 26 &paid 87*, 4.12.2013; Philippe Delebecque, Michael Germain, *G. Ripert / R. Roblot Traité de droit commercial Tome 2*, L.G.D.J, Paris 2004[17], 651.

[8] Тако су, примера ради, поступиле Немачка и Француска. Вид. C. W. Ca naris, 249; K. H. Thume, 975; Yves Guyon, *Droit des affaires Tome 1: Droit commercial général et Sociétés*, Economica, Paris 2003[12], 877.

[9] Masood Ahmed, „Construing the meaning of „Commercial Agent“„ *Nottingham Law Journal* Vol. 19(2), 2010, 37; упор.: М. Пауновић, 7.

рективе регулатива провизије трговинског заступника је у појединим државама чланицама, а нарочито у енглеском праву, била превасходно усмерена ка заштити принципала као налогодавца.[10] Таква ситуација је отежавала закључење и извршење уговора о трговинском заступању, поготову у прекограничним случајевима, када су се принципал и трговински заступник налазили у различитим државама чланицама.[11] Отуда су бројне одредбе Директиве о провизији полуимперативног карактера, будући да дозвољавају уговорна одступања само у корист, али не и на штету трговинског заступника.[12] Насупрот томе, преовлађује мишљење да су остале одредбе Директиве, код којих није наглашена полуимперативност, диспозитивне природе.[13]

2.2. Закон о облигационим односима и Преднацрт Грађанског законика

У праву Србије уговор о трговинском заступању уређен је Законом о облигационим односима из 1978. године (у даљем тексту: Закон).[14] У погледу провизије трговинског заступника, Закон садржи свега четири кратке одредбе.[15] Међутим, домен примене тих правила је шири него у праву Европске уније, с обзиром на то да је законским појмом трговинског заступања обухваћено стално посредовање за закључење било које врсте уговора, односно у било којој делатности. Према томе, Закон о облигационим односима представља *lex generalis* у погледу трговинског заступања. Уз то, у појединим делатностима постоје и *leges speciales*, као што је то случај у области осигурања,[16] туризма,[17] поморске и унутрашње пловидбе,[18] и

[10] M. Ahmed, 38.

[11] Commercial Agents Directive, Recital 2.

[12] Упор.: Commercial Agents Directive, Art. 10(4), 11(3), 12(3).

[13] О диспозитивном, односно императивном карактеру правила о провизији више вид. F. Randolph, J. Davey, 75, 76. У прилог диспозитивности осталих одредби о провизији вид. François Xavier Licari, „Le limites du commissionnement indirect de l'agent commercial“, *GPR European Union Private Law Review* 2008, 81; K. H. Thume, 977; у погледу провизије за накнадно закључене уговоре вид. Ulf Wauschkuhn, Joachim Fröhlich, „Der nachvertragliche Provisionsanspruch des Handelsvertreters“, *Betriebs Berater* 2010, 528.

[14] Закон о облигационим односима ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03, чл. 790 812.

[15] ЗОО, чл. 801, ст. 2, чл. 804 и чл. 811, ст. 3.

[16] Закон о осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 139/14, чл. 97 и даље.

[17] Закон о туризму, *Службени гласник РС*, бр. 36/09, 88/10, 99/11, 93/12, чл. 58.

[18] Закон о поморској и унутрашњој пловидби, *Службени лист СРЈ*, бр. 12/98, 44/99, 74/99, 73/2000, *Службени гласник РС*, бр. 101/05, 85/05, 73/10, 87/11, 10/13, чл. 719 и даље.

сл.[19] Ипак, посебни закони не садрже никакве специфичности које би биле релевантне за истраживање у оквиру овог рада.

У време доношења Закона још увек није постојала Директива, а њено касније ступање на снагу није представљало довољан подстицај за увођење одговарајућих законских измена у овој области. Отуда, ни важећа верзија Закона није усклађена с описаним тековинама права Европске уније. Таква ситуација би требало да се промени, ако и када буде усвојен нови српски Грађански законик у предложеном тексту актуелног Преднацрта из 2014. године (у даљем тексту: Преднацрт).[20] Домен примене правила Преднацрта у вези с провизијом трговинског заступника је, по узору на Закон о облигационим односима, остао шири од Директиве, тако да важи за заступнике у било којој врсти делатности.[21] Такво решење је позитивно, јер омогућава јединствен правни режим и равноправност свих врста трговинских заступника. Систематика и садржина правила Преднацрта представља директно преузимање одредби хрватског *Zakona o obveznim odnosima*, прилагођених српском језику и правничкој терминологији.[22] С обзиром на то да је наведени хрватски извор имплементирао комунитарна правила у вези с провизијом трговинског заступника, одговарајућа правила Преднацрта су, такође, начелно усклађена с Директивом.

3. ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА ПРОВИЗИЈЕ

У важећем српском праву провизија је схваћена као синоним за накнаду трговинског заступника из уговора о трговинском заступању.[23] То је уочљиво из више правила Закона у којима се користи формулација „накнада (провизија)“.[24] Међутим, такво схватање је потпуно различито од приступа Директиве, и упоредноправних система. Према Директиви провизија (енгл. *commission*, нем. *Provision*, фр. *la commission*) се дефинише као део накнаде који зависи од броја

[19] И. Јанковец, 525.

[20] Влада Републике Србије Комисија за израду Грађанског законика, *Пред нацрт Грађански законик Републике Србије: Друга књига Облигациони одно си*, Београд 2014, *http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/C Obligacioni odnosi.pdf*, 20.3.2015 (даље у фуснотама: Преднацрт СГЗ).

[21] Преднацрт СГЗ, чл. 1002, ст. 1.

[22] Упор.: хрватски *Zakon o obveznim odnosima*, *Narodne novine*, br. 35/05, 41/08, 125/11, чл. 819 824; Преднацрт СГЗ, чл. 1018 1023.

[23] М. Васиљевић, 139; Славко Царић, „Уговор о трговинском заступању“, *Коментар Закона о облигационим односима Књига друга* (редактори Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Крагујевац Горњи Милановац 1980, 629.

[24] ЗОО, чл. 790, ст. 1, чл. 801, ст. 2, чл. 804.

или вредности закључених послова.[25] Готово исто правило садржи и Преднацрт, према коме је провизија „свака накнада чији износ зависи од броја или вредности остварених послова“.[26] Из изложеног произлази да провизија представља само један могући, али не и обавезни вид накнаде, коју принципал плаћа за услуге трговинског заступника. Наиме, накнада за трговинско заступање (енгл. *remuneration*, нем. *Vergütung*, фр. *la rémunération*) може да се састоји из фиксног и/или варијабилног дела, при чему су у складу са слободом уговарања дозвољене све комбинације: 1. искључиво фиксна накнада, 2. фиксна и варијабилна накнада, или 3. искључиво варијабилна накнада.[27]

У складу с појмом провизије из Директиве, односно Преднацрта, она чини варијабилни део накнаде, који зависи од обима закључених послова обухваћених уговором о трговинском заступању.[28] При том, не може свака варијабилна накнада за трговинско заступање да се квалификује као провизија. За постојање провизије је неопходно да накнада зависи од броја или вредности закључених послова.[29] Насупрот томе, стране могу да уговоре и варијабилну накнаду у виду учешћа трговинског заступника у приходима или добити принципала, као и варијабилну накнаду у виду бонуса за достизање уговореног обима продаје, и сл.[30] Разграничење провизије од наведених и других врста варијабилних накнада је понекад тешко, поготову ако се има у виду да у уговору није неопходна употреба термина „провизија“ да би се одређена накнада правно квалификовала као таква.[31] У том погледу, одлучујући критеријум разликовања би требало да буде везаност варијабилне накнаде за конкретан закључени посао. Оне варијабилне накнаде које нису везане за закључење одређеног правног посла између принципала и трећег лица, већ за неке друге параметре (попут укупних прихода или добити принципала, постизања уговорених маркетиншких циљева) не треба третирати као провизију, већ као накнаду за трговинско заступање.[32]

---

[25] Commercial Agents Directive, Art. 6(2); P. Delebecque, M. Germain, 654; K. H. Thume, 975.

[26] Преднацрт СГЗ, чл. 1018, ст. 4.

[27] Karl H. Lincke, Anne Christin Mittwoch, „Überblick über das Recht des Handelsvertreters in Spanien“, *IHR Internationales Handelsrecht* 2009, 4. У сваком случају, уговарањем фиксне накнаде искључује се или умањује пословни ризик трговинског заступника, који је код варијабилне накнаде велики. Упор.: M. W. Hesselink *et al*., 189.

[28] K. H. Lincke, A. C. Mittwoch, 4.

[29] M. W. Hesselink *et al*., 188.

[30] K. H. Thume, 975.

[31] M. W. Hesselink *et al*., 188; M. Effenberger.

[32] M. Effenberger.

Из свега наведеног се закључује да стране могу да уговоре да ће принципал имати обавезу плаћања накнаде, која не може да се квалификује као провизија (на пример, фиксна накнада).[33] Другим речима, уговор о трговинском заступању може да постоји и без провизије. Ипак, провизија је у пракси најчешћи вид накнаде за трговинско заступање.[34] Управо из тог разлога је она предмет детаљне регулативе како у Директиви, тако и у Преднацрту. При том, правила Директиве, односно Преднацрта, о провизији нису примењива на друге уговорене видове накнаде, за разлику од правила Закона, која важе за све врсте накнаде подједнако.

Обавеза принципала да плати провизију је кореспондентна главној или другој посебно уговореној обавези трговинског заступника.[35] Према томе, плаћање провизије од стране принципала представља његову противчинидбу за извршење одређене престације трговинског заступника.[36] Реч је о уговорном захтеву, на коме се темељи узајамност давања код уговора о трговинском заступању као синалагматичног уговора. Овакво одређење природе провизије омогућава њено разграничење у односу на накнаду за клијентелу, која не почива на уговору него на самом закону. Најзад, право на провизију у потпуности зависи од одговарајућег резултата, тј. од закључења, односно извршења посредованог уговора.[37] Стога, она чини врсту накнаде за резултат, и у том смислу се јасно разликује у односу на накнаду за услуге (чинидбе).[38]

4. ВРСТЕ ПРОВИЗИЈЕ

У пракси постоји више врста провизије, чије разликовање је и правно релевантно. Врсте провизије које подлежу посебном правном уређењу у Србији и/или на нивоу Европске уније су: провизија за посредовање (закључење уговора), провизија за подручје или клијенте, провизија за накнадно закључене уговоре, делкредере провизија и инкасо провизија. Поред тога, трговински заступник и принципал могу да уговоре и друге провизије, попут: провизије за нове клијенте, гарантоване (минималне) провизије и провизије за одржавање односа с клијентима. Пошто наведене остале врсте

---

33 K. H. Thume, 977.

34 M. W. Hesselink *et al*., 173.

35 Упор.: C. W. Canaris, 261; F. X. Licari, 82.

36 C. W. Canaris, 261; T. Lettl, 131; Hans Brox, *Handels und Wertpapierrecht*, Verlag C. H. Beck, München 2005, 109.

37 F. X. Licari, 82; C. W. Canaris, 261, 262.

38 H. Brox, 110.

провизије нису предмет регулативе, оне ће бити изузете из даљих разматрања.

4.1. Провизија за посредовање или за закључење уговора

Провизија за посредовање (нем. *Vermittlungsprovision*), односно за закључење уговора (нем. *Abschlussprovision*) је накнада за успешну посредничку и/или заступничку активност трговинског заступника.[39] Ова врста провизије је основна, јер представља противчинидбу принципала за карактеристичну престацију трговинског заступника из уговора. За разлику од тога, остале провизије се означавају као додатне, будући да служе за накнаду других, додатних услуга трговинског заступника. Да би трговински заступник имао право на провизију за посредовање, неопходно је да између његових посредничких услуга и закључења конкретног уговора између принципала и трећег постоји узрочна веза.[40] Међутим, узрочност која се овде захтева не мора да буде директна. Отуда, провизија за посредовање обухвата не само провизију за уговоре закључене захваљујући конкретној активности трговинског заступника,[41] него и провизију за уговоре закључене с клијентом кога је трговински заступник раније нашао за исту врсту послова.[42] У другонаведеном случају је реч о тзв. индиректној провизији (нем. *Folgeprovision*, *Nachbestellungsprovision*), с обзиром на то да између активности трговинског заступника и закључења конкретног уговора постоји само индиректна узрочна веза, која се огледа у иницијалном привлачењу тог клијента за одговарајућу врсту уговора.[43]

Иако Закон не познаје израз „провизија за посредовање“, нити „провизија за закључење уговора“, он је као основну провизију (накнаду) изричито уређује. Наиме, према Закону трговински заступник има право на провизију за уговоре закључене његовим посредовањем, односно за уговоре које је заступник овлашћено закључио у име на-

[39] Јован Славнић, „Уговор о трговинском заступању“, *Коментар Закона о облигационим односима Књига друга* (редактор Слободан Перовић), Савремена администрација, Београд 1995, 1337; T. Lettl, 130; H. Brox, 110.

[40] Jürgen Sonnenschein, Birgit Weitemeyer, „§ 86 b“, *Heymann, Handelsgesetzbuch, Band 1, Einleitung §§1 104* (hrsg. Norbert Horn), de Gruyter, Berlin 1995^{2}, 635; упор.: P. Delebecque, M. Germain, 654; Karsten Schmidt, *Handelsrecht*, Köln Berlin 1999^{5}, 736; H. Brox, 110; K. H. Lincke, A. C. Mittwoch, 4.

[41] F. Randolph, J. Davey, 69; M. W. Hesselink *et al*., 174, 175; F. X. Licari, 81.

[42] Commercial Agents Directive, Art. 7(1)(b); P. Delebecque, M. Germain, 654; T. Lettl, 130, 131; H. Brox, 110; M. W. Hesselink *et al*., 175; F. Randolph, J. Davey, 69, 70; F. X. Licari, 81; K. H. Lincke, A. C. Mittwoch, 4; Michael Furmston, Jason Chuah (ed.), *Commercial and Consumer Law*, Pearson, Harlow 2010, 88.

[43] Упор.: F. X. Licari, 81.

логодавца (директна провизија).[44] Уз то, принципал дугује провизију и за уговоре закључене с клијентима које је трговински заступник нашао (индиректна провизија).[45] С друге стране, ни Директива не користи одговарајући израз, али такође уређује провизију за посредовање – како директну, тако и индиректну.[46] Према Директиви, трговински заступник има право на провизију ако је закључење уговора између принципала и трећег последица његових радњи, или ако принципал закључи уговор с трећим лицем које је трговински заступник раније привукао као клијента за истоврсне послове.[47] Најзад, Преднацрт у погледу ове врсте провизије садржи решење идентично оном из Закона.[48]

4.2. Провизија за подручје или клијенте

Трговински заступник може да има право на провизију и независно од извршења својих главних уговорних обавеза. Такав је случај са тзв. провизијом за подручје или клијенте. Ова врста провизије се дугује на основу чињенице да је трговинском заступнику поверено (искључиво) стално посредовање у име и за рачун принципала на одређеном географском подручју или у погледу одређене групе клијената, под условом да принципал закључи уговор с клијентом који припада тој групи или подручју.[49] Према томе, код ове врсте провизије не мора да постоји узрочна веза између активности трговинског заступника и закључења конкретног уговора између принципала и клијента.[50] Отуда се путем провизије за подручје (клијенте) трговинском заступнику пружа накнада за свеукупну активност у погледу припреме и обраде датог тржишта у корист принципала. При том, да би ова врста провизије постојала, није довољно да се уговором о трговинском заступању територијално ограничи делатност трговинског заступника, јер се то у сумњи сматра само дефинисањем

44 ЗОО, чл. 804, ст. 1; М. Васиљевић, 139.

45 ЗОО, чл. 804, ст. 2; Владимир Јовановић, „Уговор о трговинском заступању", *Коментар Закона о облигационим односима II књига* (редактори Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ), Савремена администрација, Београд 1983[2], 1752; С. Царић, 629; Владимир Капор, Славко Царић, *Уговори робног промета*, Научна књига, Београд 1990, 209; упор.: М. Васиљевић, 139; И. Јанковец, 530.

46 Commercial Agents Directive, Art. 7(1).

47 M. W. Hesselink *et al*., 173; упор.: F. Randolph, J. Davey, 69, 70.

48 Преднацрт СГЗ, чл. 1018, ст. 1 и 2.

49 P. Delebecque, M. Germain, 654; K. Schmidt, 736; H. Krejci, 339; H. Brox, 110; M. W. Hesselink *et al*., 174, 175; F. Randolph, J. Davey, 70; K. H. Lincke, A. C. Mittwoch, 4; M. Furmston, J. Chuah (ed.), 88; М. Пауновић, 8; упор.: В. Јовановић, 1753.

50 Упор.: M. W. Hesselink *et al*., 174, 175; F. X. Licari, 81; М. Пауновић, 8.

граница његове уговорне обавезе. Насупрот томе, нужно је да постоји посебан споразум о заштити интереса трговинског заступника у погледу одређеног подручја или групе клијената.[51]

Нажалост, Закон ни терминолошки, а ни суштински, не познаје провизију за подручје или клијенте, па је ни не уређује.[52] Стога се чини да би она постојала само када би била изричито уговорена између трговинског заступника и принципала.[53] Насупрот томе, Директива изричито прописује право трговинског заступника на ову врсту провизије, иако не уводи посебан термин за њено означавање.[54] Коначно, у складу с Директивом, Преднацрт предвиђа да трговински заступник, коме је поверено искључиво посредовање на одређеном подручју или с одређеним клијентима, има право на посебну провизију независно од узрочне везе између његове посредничке активности и конкретно закљученог уговора с клијентом који припада том подручју или групи.[55]

4.3. Провизија за накнадно закључене уговоре

Начелно, трговински заступник има право на провизију само за уговоре које је принципал закључио с трећим лицем током трајања уговора о трговинском заступању. Међутим, у одређеним ситуацијама је оправдано да се право на провизију призна и у погледу уговора с клијентима, који су закључени у кратком року након престанка уговора о трговинском заступању.[56] У том случају је реч о провизији за накнадно закључене уговоре.[57] Важећи Закон, додуше, не уређује изричито ову врсту провизије. Ипак, она може да се изведе из основног правила о провизији за посредовање. Наиме,

---

[51] K. H. Thume, 981. Спорно је да ли у случају поверавања одређеног подручја или групе клијената стране могу уговором да искључе ову врсту провизије. Упор.: J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, 638.

[52] Ипак, у судској пракси је законско правило о индиректној провизији примењивано и на овај случај. Вид. Ј. Славнић, 1337. Такво проширење његове примене се препоручује и у правној теорији. Вид. С. Царић, 629.

[53] В. Јовановић, 1753.

[54] Commercial Agents Directive, Art. 7(2); упор.: M. W. Hesselink *et al*., 173, 177. Директива је дала опцију државама чланицама да провизију за подручје (клијенте) пропишу само у случају када трговински заступник има *искључиво* право посредовања и/или заступања на одређеном подручју или у погледу одређене групе клијената. Вид. F. X. Licari, 81. Такву опцију су искористиле, примера ради, Енглеска, Пољска и Шпанија (K. H. Lincke, A. C. Mittwoch, 4). О појму искључивости више вид. F. Randolph, J. Davey, 70.

[55] Преднацрт СГЗ, чл. 1018, ст. 3.

[56] M. W. Hesselink *et al*., 178. Реч је о провизији на коју би трговински заступник свакако имао право да није престао уговор о трговинском заступању.

[57] U. Wauschkuhn, J. Fröhlich, 525.

Закон признаје трговинском заступнику право на провизију за сваки уговор који принципал закључи с трећим захваљујући његовом посредовању (односно овлашћеном заступању), као и за сваки уговор који принципал непосредно закључи са клијентом кога је заступник нашао. Из овог правила се уочава да Закон не ограничава период у коме уговор између принципала и трећег треба да настане, да би постојало право на провизију за посредовање. Отуда се чини да би према Закону, под претпоставком испуњености осталих услова, трговински заступник могао да захтева провизију и за уговоре који су с клијентима закључени након престанка уговора о трговинском заступању.[58] Нажалост, описана имплицитна регулатива провизије за накнадно закључене уговоре је остала непотпуна, будући да би, због непрописивања крајњег рока, такво право теоријски могло да постоји временски неограничено.

За разлику од Закона, према Директиви се провизија за посредовање и провизија за подручје (клијенте) примењују само на уговоре закључене с клијентима током трајања уговора о трговинском заступању,[59] захваљујући чему су јасно разграничене у односу на провизију за накнадно закључене уговоре. У складу с Директивом, провизија за уговоре закључене с клијентима након престанка уговора о трговинском заступању представља изузетак. Она ће постојати само у једној од две (алтернативне) ситуације: а) ако је уговор с клијентом закључен у разумном року након престанка трговинског заступања, а на његово закључење је претежно утицала активност трговинског заступника током трајања уговора о трговинском заступању,[60] или б) ако је принципал примио клијентову понуду за закључење уговора пре престанка трговинског заступања, а испуњени су услови за стицање провизије за посредовање или провизије за подручје, односно клијенте.[61] Провизија за накнадно закључене уговоре је прописана из разлога правичности, како пружене услуге трговинског заступника не би остале без противнакнаде само због чињенице да је закаснео остварен резултат, који не зависи од њега, будући да је уго-

---

[58] Исто схватање заступа и: Ј. Славнић, 1337; упор.: Весна Бесаревић, „Право заступника на провизију и посебну накнаду у нашем и упоредном праву“, *Анали Правног факултета у Београду,* бр. 3 4/1985, 332.

[59] J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, 633; H. Brox, 110.

[60] K. Schmidt, 736; U. Wauschkuhn, J. Fröhlich, 525; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, 634. Процена разумности рока зависи од околности случаја. Вид. U. Wauschkuhn, J. Fröhlich, 526; M. W. Hesselink *et al*., 179; упор.: F. Randolph, J. Davey, 74. У шпанском праву је законодавац дефинисао рок од три месеца након закључења уговора као разуман рок. Вид. K. H. Lincke, A. C. Mittwoch, 4.

[61] P. Delebecque, M. Germain, 654; H. Krejci, 339; F. Randolph, J. Davey, 73; K. H. Lincke, A. C. Mittwoch, 4; M. Furmston, J. Chuah (ed.), 88; K. H. Thume, 975; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, 635. О тумачењу појма „понуде“ у смислу овог правила више вид. U. Wauschkuhn, J. Fröhlich, 526.

вор са клијентом закључен у кратком року након престанка уговора о трговинском заступању.[62]

Слично решење као у Директиви садржи и Преднацрт. Према Преднацрту провизија за уговор који је налогодавац закључио након престанка уговора о трговинском заступању постоји „ако је закључени уговор претежно последица заступникова деловања пре престанка уговора о трговинском заступању, и ако је уговор закључен у разумном року од престанка уговора о трговинском заступању или ако је понуда трећег лица за закључење уговора стигла заступнику или налогодавцу пре престанка уговора о трговинском заступању“.[63] Изложено правило је нејасно. Наиме, употреба интерпункцијског знака испред везника „и“, а његов изостанак испред везника „или“, изазива проблем у тумачењу који од наведених услова су постављени алтернативно, а који кумулативно. Осим тога, у последњем делу одредбе је изостало позивање на опште услове стицања права на провизију за посредовање, односно за подручје или клијенте.

4.4. Делкредере провизија

Делкредере (*del credere*) провизија представља додатну накнаду за посебно уговорену делкредере услугу трговинског заступника.[64] Она се дугује само ако је трговински заступник према принципалу преузео одговорност за извршење обавеза клијента из уговора који је закључен уз његово посредовање или овлашћено заступање.[65] Ова врста провизије није регулисана комунитарним правом.[66] Ипак, она је у складу са слободом уговарања допуштена, те може да се предвиди као додатна провизија у уговору о трговинском заступању. С друге стране, Закон, а под његовим индиректним утицајем и Преднацрт, изричито уређују право на делкредере провизију. Циљ ових правила се огледа у заштити трговинског заступника,[67] јер је прописано да делкредере одговорност мора да се уговори посебно, у писменој форми,[68] за конкретан уговор с клијентом, а не генерално

[62] Упор.: U. Wauschkuhn, J. Fröhlich, 525.

[63] Преднацрт СГЗ, чл. 1018, ст. 3.

[64] Raimond Emde, *Vertriebsrecht Kommentierung zu §§ 84 bis 92c HGB. Handelsvertreterrecht; Vertragshändlerrecht; Franchiserecht*, Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin Boston 2011[2], 615; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, 626; упор.: Vesna Kranjc, *Gospodarsko pogodbeno pravo*, Ljubljana 2006, 335; T. Lettl, 133; F. Randolph, J. Davey, 73; M. W. Hesselink *et al*., 207; Ј. Славнић, 1334, 1335; С. Царић, 626, 627.

[65] T. Lettl, 132; H. Brox, 111; V. Kranjc, 334; М. Васиљевић, 140; И. Јанковец, 530; В. Јовановић, 1750.

[66] R. Emde, 615; M. W. Hesselink *et al*., 208.

[67] M. W. Hesselink *et al*., 208.

[68] Ј. Славнић, 1334; V. Kranjc, 334, 335.

унапред за све истоврсне уговоре принципала с клијентима.[69] При том, уговарање ове врсте одговорности аутоматски даје право трговинском заступнику на делкредере провизију, чак и када она није уговорена.

4.5. Инкасо провизија

Инкасо провизија је додатна провизија за пружање уговорене услуге наплате (инкаса) потраживања принципала према клијенту.[70] Начелно, трговински заступник нема обавезу, а ни право да наплати потраживање принципала од клијента.[71] Стога, када би он неовлашћено примио исплату од клијента у име принципала, не би имао право на инкасо провизију као посебну накнаду за уговорену услугу.[72] Другим речима, инкасо провизија се дугује само ако је трговински заступник био овлашћен од принципала да прими испуњење трећег и ако је извршио наплату уредним пружањем услуге инкаса.[73] При том, принципал може да дâ овлашћење за наплату не само претходно, него и накнадно.[74] Право на инкасо провизију није прописано Директивом, али је у складу с аутономијом воље дозвољено његово уговарање. За разлику од тога, Закон и Преднацрт познају ову врсту накнаде, а уређују је као посебну накнаду од наплаћене своте на коју трговински заступник има право ако је „по овлашћењу налогодавца извршио наплату неког његовог потраживања“.[75]

5. ПРОВИЗИЈА КАО ПРИРОДАН ЕЛЕМЕНТ УГОВОРА

Поставља се питање да ли је провизија битан или природан елемент уговора о трговинском заступању. Према правилима Закона о облигационим односима, она је прописана као природан елемент, будући да постоје законска правила која допуњују уговор о трговинском заступању, ако није уговорена накнада (провизија) или њене врсте.[76] Према томе, без обзира на неуговарање провизије, трговин-

[69] ЗОО, чл. 801, по коме делкредере одговорност постоји само ако је трговин ски заступник „посебно писмено јемчио“. Исто решење садржи и: Преднацрт СГЗ, чл. 1015. Упор.: M. W. Hesselink *et al*., 209.

[70] H. Brox, 111; упор.: М. Васиљевић, 140; И. Јанковец, 531; Ј. Славнић, 1339; В. Јовановић, 1757.

[71] J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, 639.

[72] J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, 639.

[73] T. Lettl, 133; H. Brox, 111.

[74] H. Brox, 111.

[75] ЗОО, чл. 807; Преднацрт СГЗ, чл. 1020.

[76] С. Царић, 631; В. Капор, С. Царић, 208; Ј. Славнић, 1324; упор.: И. Јанко вец, 526; М. Васиљевић, 131, 132; В. Јовановић, 1741.

ски заступник по самом Закону у горенаведеним случајевима има право на провизију за посредовање (закључење уговора), делкредере провизију и инкасо провизију. Из тога се закључује да су ове врсте провизије природни елементи уговора, који чине саставни део споразума трговинског заступника и принципала чак и када нису изричито уговорени.

Насупрот Закону који не прави јасну разлику између накнаде и провизије, Директива предвиђа да у недостатку уговарања било какве *накнаде* за трговинско заступање, трговински заступник има право на уобичајену, односно разумну накнаду.[77] С обзиром на то да је накнада по Директиви шири појам у односу на провизију, из изложеног правила произлази да ће трговински заступник имати право на провизију када она није уговорена, само под условом да је такав вид накнаде уобичајен у његовом месту пословања, а ако такви обичаји не постоје – разуман у датим околностима. Закључује се да ни према Директиви провизија није битан елемент уговора. Међутим, у Директиви она није директно прописана ни као природан елемент, већ природан елемент представља накнада за трговинско заступање, која ће се састојати из провизије само ако је то уобичајено, односно разумно. Једино у случају да је провизија уговорена као вид накнаде за трговинско заступање или да је у недостатку уговарања утврђена као уобичајен, односно разуман вид накнаде, могу да се примене правила Директиве о врстама провизије. Сагласно томе, када се накнада за трговинско заступање састоји искључиво или делом из провизије, трговински заступник према Директиви има право, у складу с прописаним условима, на следеће врсте провизије: провизију за посредовање (закључење уговора), провизију за подручје (клијенте) и провизију за накнадно закључене уговоре.

Насупрот Директиви, Преднацрт у овом погледу недовољно разликује провизију и накнаду за трговинско заступање. У Преднацрту је провизија, слично као и у Закону, прописана као природан елемент уговора, па независно од (не)уговарања трговински заступник, у објашњеним случајевима, има право на следеће врсте провизија: провизију за посредовање, провизију за подручје (клијенте), провизију за накнадно закључене уговоре, делкредере провизију и инкасо провизију. Из изложеног произлази да би по Преднацрту принципал увек дуговао провизију када накнада за трговинско заступање није уговорена. Такво решење није сасвим у складу с Директивом, јер она не прејудицира одговор на питање која врста накнаде је уобичајена, односно разумна у датим околностима – да ли фиксна накнада, провизија, комбинација фиксне и варијабилне накнаде, и сл. Ипак, у практичној примени би решења Преднацрта

[77] K. H. Thume, 975; М. Пауновић, 8.

по правилу доводила до истог резултата као и решења Директиве, будући да је провизија најчешће уобичајена,[78] а у сваком случају разумна врста накнаде за трговинско заступање.

6. ВИСИНА И ОБУХВАТ ПРОВИЗИЈЕ

С обзиром на то да провизија представља врсту накнаде која зависи од броја или вредности закључених уговора с клијентима, начин одређивања њене висине може да буде двојак. С једне стране, провизија може да се установи у одређеном износу по закљученом послу (на пример, 10.000 динара за сваки уговор између принципала и клијента).[79] Укупан износ дуговане провизије у том случају зависи од броја закључених послова. С друге стране, провизија може да се уговори у одређеном проценту од вредности закљученог посла (на пример, 3% од вредности уговора између принципала и клијента).[80]

Уговорена провизија обухвата не само накнаду за услугу трговинског заступника, него и редовне трошкове његовог пословања, односно обављања делатности.[81] Ово питање је изричито уређено диспозитивном одредбом Закона,[82] која је задржана и у Преднацрту.[83] За разлику од тога, Директива не регулише изричито обухват провизије. Ипак, имајући у виду да је у складу с њеним режимом трговински заступник самозапослено лице, које самостално обавља своју делатност, па самим тим сноси ризик свог пословања, јасно је да оно, у недостатку другачијег уговарања, не може да трошкове, односно ризик своје делатности у потпуности пребаци на сауговарача. Стога, и према Директиви провизија трговинског заступника обухвата редовне трошкове његовог пословања.

Према Закону, ако износ провизије није уговорен, принципал дугује провизију утврђену тарифом. Реч је о тарифи трговинског заступника, као носиоца карактеристичне престације из уговора и трговца, коме послови трговинског заступања спадају у редовну делатност.[84] Међутим, Закон није прецизан у погледу релевантног

[78] P. Delebecque, M. Germain, 653 и 654.

[79] У немачком праву се таква провизија означава као „провизија по комаду“ или „комадна провизија“ (нем. *Stückprovision*). Вид. M. Effenberger.

[80] H. Brox, 109; M. Effenberger.

[81] K. Schmidt, 737; H. Brox, 111; И. Јанковец, 531; Ј. Славнић, 1340; В. Јовановић, 1757; В. Капор, С. Царић, 210; V. Kranjc, 336; упор.: T. Lettl, 133; H. Krejci, 341.

[82] М. Васиљевић, 140.

[83] ЗОО, чл. 808, ст. 1; Преднацрт СГЗ, чл. 1024, ст. 1.

[84] И. Јанковец, 530; Ј. Славнић, 1338; В. Јовановић, 1755. Тарифа не мора да буде важећа само за тог конкретног трговинског заступника, већ може да важи и као

тренутка за утврђивање важеће тарифе. Отуда није јасно да ли је реч о тарифи која је важила у моменту закључења уговора о трговинском заступању, или о тарифи која важи у моменту закључења уговора с клијентом на коме се заснива право на провизију. Штавише, ни накнада код осталих сродних уговора, попут комисиона и посредовања, није детаљније уређена, због чега није могуће попуњавање наведене празнине коришћењем аналогије. Насупрот томе, код уговора о продаји у привреди је код цене као природног елемента уговора прописано да се у недостатку уговарања дугује цена коју је продавац редовно наплаћивао „у време закључења уговора“.[85] По аналогији с тим правилом се долази до закључка да је и код трговинског заступања за висину провизије меродавна тарифа трговинског заступника (провизија коју је он „редовно наплаћивао“) у моменту закључења уговора.[86]

Коначно, када помоћу тарифе није могуће одредити висину провизије, према Закону се њен износ утврђује у складу с обичајима.[87] Законодавац ни овде није прецизно прописао где и када обичаји треба да постоје да би били релевантни за дефинисање висине дуговане провизије. Стога, у правној теорији постоје дилеме око тога да ли се обичаји утврђују према месту закључења уговора о трговинском заступању[88] или према месту седишта трговинског заступника.[89] Чини се да у том погледу преовлађује другонаведени став. Према томе, у недостатку уговора и тарифе, висина провизије се одређује на основу обичаја који су важили у месту седишта трговинског заступника, и то у време закључења уговора о трговинском заступању. При том се релевантан тренутак постојања обичаја изводи из аналогије са сличним правилом код уговора о продаји у привреди, по коме се у недостатку редовне цене примењује текућа цена „у време закључења уговора“ (тзв. разумна цена).[90]

Иако Закон није уредио питање висине провизије у ситуацији непостојања обичаја, опште је прихваћено схватање да тада треба

јединствена тарифа на одређеном подручју. Битно је само да трговински заступник примењује ту тарифу у свом редовном пословању. Упор.: С. Царић, 631.

85 ЗОО, чл. 462, ст. 2.

86 Насупрот увреженом схватању у српској правној теорији, не треба сматрати нужним да тарифа постане саставни део уговора о трговинском заступању на основу правила о примени општих услова пословања. Наиме, претпоставке за укључивање општих услова пословања у уговор су строже, док је овде за утврђивање висине провизије довољна чињеница да је трговински заступник редовно наплаћивао одређену висину провизије за истоврсне послове у моменту закључења уговора. Супротно вид. В. Јовановић, 1756; Ј. Славнић, 1338; В. Капор, С. Царић, 209.

87 М. Васиљевић, 139.

88 С. Царић, 631.

89 В. Јовановић, 1756; Ј. Славнић, 1338.

90 ЗОО, чл. 462, ст. 3.

применити аналогију с одговарајућим правилом код посредовања.[91] Према томе, у недостатку обичаја висину провизије утврђује суд према труду и услузи трговинског заступника.[92] У сваком случају, висина провизије је ограничена начелом правичности, захваљујући чему суд има овлашћење да на захтев налогодавца снизи превисоку провизију на правичан износ.[93]

Насупрот Закону, висина провизије се према Директиви примарно утврђује на основу обичаја који постоје у месту пословања („предузимања радњи") трговинског заступника.[94] Из везивања обичаја за место „предузимања радњи" посредно произлази да је релевантан тренутак њиховог утврђивања време закључења конкретног уговора између принципала и клијента, а не време закључења уговора о трговинском заступању. Према Директиви, у недостатку обичаја трговински заступник има право на разумну провизију, која се утврђује узимајући у обзир све околности уговора између принципала и клијента.[95] Ово правило, такође, индиректно везује моменат одређивања висине накнаде за закључење уговора с клијентом, а не за закључење уговора о трговинском заступању.[96]

Преднацрт у погледу висине провизије садржи комбинацију решења Закона и Директиве. У недостатку уговарања висине провизије, трговински заступник према Преднацрту има право на провизију утврђену тарифом. Наведено правило треба тумачити на исти начин као и изложено непотпуно правило Закона. С друге стране, ако висина провизије не може да се утврди на основу уговора или тарифе, одредиће се према обичајима „места у којем је заступник обављао послове за налогодавца". Овај део одредбе је усклађен с Директивом, па би га требало тумачити на већ објашњен начин. Ипак, Преднацрт појашњава да су у ситуацији посредовања у различитим местима, меродавни обичаји места пребивалишта, односно седишта трговинског заступника.[97] Попут Директиве, Преднацрт предвиђа да принципал, у недостатку уговора, тарифе и обичаја, дугује правичан износ провизије на основу свих околности случаја. Најзад, у Преднацрту је задржано правило из Закона по коме је суд овлашћен да контролише висину провизије применом начела правичности.

---

[91] Ј. Славнић, 1338.

[92] ЗОО, чл. 822, ст. 2.

[93] ЗОО, чл. 806, ст. 2; С. Царић, 631; више вид. Ј. Славнић, 1339; В. Јовановић, 1756; В. Капор, С. Царић, 210; В. Бесаревић, 331.

[94] P. Delebecque, M. Germain, 653; F. Randolph, J. Davey, 68; K. H. Lincke, A. C. Mittwoch, 4; упор.: H. Krejci, 340.

[95] F. Randolph, J. Davey, 68; M. W. Hesselink *et al*., 176; P. Delebecque, M. Germain, 653; K. H. Lincke, A. C. Mittwoch, 4.

[96] Критички: F. Randolph, J. Davey, 68.

[97] Правило је преузето из хрватског права. Вид. хрватски *Zakon o obveznim odnosima*, чл. 820, ст. 2.

7. ЗАКЉУЧАК

Важећа српска правила о провизији трговинског заступника нису усклађена с правом Европске уније. Отуда је неопходна њихова измена, која би могла да буде део ширег подухвата усвајања новог српског Грађанског законика. Међутим, актуелни Преднацрт Грађанског законика садржи комбинацију решења Директиве и Закона, уз недовољно препознавање суштине проблематике накнаде трговинског заступника. Из тог разлога би било пожељно да се његова решења унапреде имајући у виду критичке примедбе изложене у овом раду.

Dr Mirjana Radović

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

COMMISSION OF THE COMMERCIAL AGENT

Summary

In this paper the author analyses the commercial agent's commission as the most important type of remuneration for commercial agency. In the European Union the issue of commercial agent's commission is regulated in the Directive 86/653/EEC on self-employed commercial agents, whereas the Serbian Law on Obligations has still not been harmonised with those rules. Such state of law would change if and when the new Serbian Civil Code is enacted, since its latest Draft contains numerous new solutions, which were inspired by the Directive. The first part of the paper is dedicated to defining the term „commission" and its distinguishing from the wider term „remuneration". Thereafter, the main types of commission are explained. The following part investigates whether the commission or its specific type constitutes *essentialia* or *naturalia negotii* of the contract on commercial agency. Finally, the last part of the paper deals with the amount and the extent of covering costs by the commission, in the absence of any agreement on that matter.

Key words: *Contract on commercial agency. – Directive 86/653/EEC on self-employed commercial agents. – Commission. – Remuneration.*

УДК 330.43:347.736

CERIF: S180, S144

Др Бранко Радуловић[*]

УНАПРЕД ПРИПРЕМЉЕНИ ПЛАНОВИ РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ И ПРОБЛЕМ НЕГАТИВНЕ СЕЛЕКЦИЈЕ

Чланак представља прву детаљну економетријску анализу унапред припремљених планова реорганизације (УППР) у Србији. УППР даје изузетне подстицаје и представља пожељну опцију реструктурирања за дужнике у финансијским потешкоћама. На основу узорка од 97 случајева показујемо да УППР не успева да „филтрира“ дужнике чије пословање није одрживо, односно не налазимо да су дужници који подносе УППР у значајно бољем финансијском положају од оних чији се планови подносе након отварања стечајног поступка. Слабо филтрирање је последица неадекватне примене института УППР и пасивности поверилаца. У раду разматрамо регулаторни и тржишни приступ решавању проблема негативне селекције дужника који подносе УППР.

Кључне речи: *Унапред припремљени планови реорганизације. Негативна селекција. Стечај.*

1. УВОД

Након пет година примене Закона о стечају чини се да је најзначајнија промена стечајног оквира била она која се односи на увођење института унапред припремљеног плана реорганизације (УППР).[1] Значајан број, посебно великих привредних друштава у

---

[*] Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *bradulovic@ius.bg.ac.rs*

[1] Закон о стечају ЗС, *Службени гласник РС*, бр. 104/09. У даљем тексту унапред припремљене планове реорганизације и енглеску реч *prepack* која се повремено користи у професионалној јавности користимо као синониме. О правилној употреби термина вид. Радуловић, Б. „Унапред припремљени планови реорганизације у Републици Србији упоредно правно и емпиријска анализа“, усклађивање послов

финансијским потешкоћама реаговао је на подстицаје које даје институт УППР-а.[2] Од почетка примене института, јуна 2010. године, до фебруара 2015. године поднето је преко 250 планова у којима укупне обавезе дужника износе више од три милијарде евра. Према тим показатељима, коришћење УППР-а као начина редефинисања дужничко-поверилачких односа, чак и у поређењу с развијеним привредама је у Србији веома заступљено.[3]

УППР је због економског значаја привредних друштава која су поднела такве планове привукао пажњу не само стручне јавности. Ипак, ставови у погледу УППР-а често су опречни. С једне стране, сматра се да се њима „купује време" и изигравају повериоци чиме је примена института обесмишљена. С друге стране, УППР се сматра кључним инструментом у решавању проблема презадужености и неликвидности српске привреде.

И поред наведеног броја поступака и вредности дугова и имовине стечајних дужника, број радова који се бавио овим институтом је мали спрам његовог значаја. Спасић (2010) први разматра институт УППР-а и наводи његове предности у односу на редовну стечајну реорганизацију.[4] Радуловић (2013) даје детаљан упоредно-правни преглед хибридних стечајних поступака у пет развијених стечајних система и Србији и приказује основне резултате прве три године примене овог института.[5] Прелиминарни емпиријски налази указују да УППР успешно успева да комбинује формални и неформални приступ реструктурирању, те да омогућава релативно брз завршетак поступка (у просеку од покретања до усвајања потребно је око пет

ног права Србије с правом Европске уније, Вук Радовић (уред.), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013,57, 64.

[2] О карактеристикама стечајног оквира у Србији вид. B. Radulović, „Stečaj u Srbiji činjenice, zablude i nenameravane posledice", Ekonomska politika Srbije u 2014: Mogućnosti privrednog rasta u uslovima reformi i fiskalne konsolidacije B. Šoškić, M. Arsić (ured.), Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, 127 148.

[3] Поређења ради у САД је у 2014. години покренуто 6.504 стечајних посту пака подношењем плана реорганизације од стране привредних друштава (такозваних *Chapter 11* поступака). Подаци о стечајним поступцима у САД доступни су на *http://www.uscourts.gov/uscourts/Statistics/BankruptcyStatistics/BankruptcyFilings/2014/0914f2.pdf* По правилу поступци у којима се подноси УППР у САД су покренути од стра не већих привредних друштава. У Француској која је попут Србије релативно скоро увела хибридне поступке, у 2013. години забележено је 1633 *sauvegarde* поступака. Подаци о стечајним поступцима у Француској доступни су на *http://www.altares.fr/wp content/uploads/2014/01/AltaresDefaSauvBilan2013.pdf* (посећено 1.4.2015).

[4] Вид. С. Спасић, „Prepack као шанса за српску привреду", *Право и привре да* 7 9/2010, 243 257. Поред тога Николић (2011), даје упоредни приказ одређених аспеката хибридних поступака у САД и Републици Србији. Вид. Н. Николић, „Prepack: америчко и српско решење", *Право и привреда*,4 6/2011,

[5] Радуловић, 2013, 60 и даље.

месеци), уз знатно ниже трошкове (између 0,1% до 2,6% вредности укупних обавеза дужника).[6] Док резултати у погледу заступљености, трошкова и брзине поступка сврставају Србију међу земље које су успешно уредиле и примениле хибридни поступак, садржај планова, односно предвиђене мере и реалност претпоставки на којима су оне засноване често нису задовољавајући. С повећањем броја поступака и истицањем периода мировања отплате дугова предвиђених усвојеним плановима до изражаја долазе проблеми примене института. У пракси, неиспуњавање планом предвиђених мера све чешће води започињању поступка банкротства дужника.

Закон о изменама и допунама Закона о стечају[7] покушао је да одговори на неке од уочених проблема у пракси како би се: 1) смањило трајање поступка у коме је дужник мерама обезбеђења заштићен од принудног извршења и блокаде рачуна; 2) смањили подстицаји дужницима да подносе неизводљиве планове, 3) отклониле уочене неправилности и злоупотребе у примени, и 4) прецизније дефинисао положај поверилаца.[8] Ипак, поставља се питање у којој мери ће измене омогућити да поднети планови буду изводљиви, односно да УППР користе дужници чије је пословање одрживо и чија структура поверилаца омогућава једноставно разрешавање конфликта интереса коришћењем овог института. Једна од потенцијалних грешака приликом измена Закона о стечају учињена је изменом чл. 156, ст. 3, тач. 3. Наведени члан је пре измена прописивао да се приликом подношења УППР-а доставља и потписана изјава већинских поверилаца по вредности потраживања сваке планом предвиђене класе да су сагласни са садржином плана и спремни да гласају за његово усвајање. Циљ такве одредбе било је спречавање подношења планова који немају потребну подршку поверилаца, као и измештање преговора ван суда, тако да поступак у оквиру суда буде што је могуће краћи. Наизглед, променом члана учињена је само језичка корекција, али је она по последицама и правном домашају суштинске природе. Уместо изјаве о сагласности, повериоци сада изјављују само да су упознати са сад-

[6] *Ibid.*, 93 97.

[7] Закон о изменама и допунама Закона о стечају, *Службени гласник РС,* бр.83/14 ступио је на снагу 13. августа 2014.

[8] Пре свега измењен је низ рокова у погледу поступка и садржине плана. У погледу рокова, укинут је рок трајања првостепеног поступка за усвајање пла нова које је претходно износило између 45 и 60 дана од дана доношења решења о покретању поступка, јер се законски рок у пракси у највећем броју случајева није поштовао. Такође, ограничено је максимално трајање мера обезбеђења на шест ме сеци, а прописан је и рок важности извештаја ревизора. У погледу садржине, по ред обавезе навођења података о повезаним лицима, олакшана је припрема плана продужењем рока пресечног датума ванредног извештаја на 90 уместо претходног рока од 60 дана.

ржином плана, што не значи да исти и подржавају. Тиме се додатно олакшава проходност планова и потенцијално одобравање мера забране извршења, што ствара подстицај за злоупотребу института и негативну селекцију дужника.

Основни циљ рада јесте да детаљно емпиријски истражи основне карактеристике примене института УППР-а у Србији од његовог увођења. Рад има неколико специфичних циљева. Први се односи на истраживање везе између основних финансијских показатеља дужника и одлука поверилаца у погледу унапред припремљених планова реорганизације. У том контексту рад анализира детерминанте одлучивања о подношењу плана, односно објашњавању разлике између карактеристика дужника који подносе УППР и дужника чији се планови подносе сходно чл.164 Закона о стечају („обична" стечајна реорганизација). Други циљ се односи на утврђивање детерминанти усвајања поднетих планова, односно разлике између планова дужника чији су унапред припремљени планови усвојени и оних чији су планови одбачени или повучени услед одсуства подршке већинских поверилаца.

Да би се постигли наведени циљеви у првом делу кратко разматрамо теоријске налазе и представљамо досадашња емпиријска истраживања. На основу те анализе формулишемо основне хипотезе које ће бити проверене у емпиријском истраживању. У том делу рада анализирамо факторе који утичу на подношење и изгласавање УППР-а. Самом емпиријском истраживању претходи дефинисање његове стратегије и кратак опис прикупљених података. Након приказа емпиријских резултата у закључку дајемо преглед основних налаза и разматрамо могућа решења.

2. ПРЕГЛЕД ТЕОРИЈСКИХ И ЕМПИРИЈСКИХ РАДОВА

Теоријска литература према нивоу финансијских потешкоћа дужника и сложености координационог проблема између поверилаца, УППР ставља између стечајне реорганизације и вансудског реструктурирања дугова, посебно наглашавајући предности УППР као хибридног облика у односу на поменуте алтернативне облике реструктурирања.[9] УППР одликује низ предности у односу на

[9] Вид. J. McConnell, H. Servaes, „The Economics of Pre Packaged Bankruptcy", *Journal of Applied Corporate Finance* 4/1991, 93 97. Мекконел и Сервес наводе да веће учешће комерцијалних поверилаца (који уобичајено имају и оскудне ресурсе да учествују у реструктурирању на начин на који то чине финансијски повериоци), као и хетерогеност њихових потраживања чине усвајање унапред припремљених плано ва мање вероватним.

стечајну реорганизацију, пре свега у погледу нижих директних и индиректних трошкова, дужине трајања поступка, али и омогућавања „личне управе" дужника који задржава контролу над поступком.[10] УППР има и низ предности у односу на вансудско реструктурирање, пре свега у погледу могућности наметања услова несагласним повериоцима, али и изрицања мере забране извршења и намирења ради заштите дужника.[11]

Емпиријска литература која разматра избор између традиционалне стечајне реорганизације и УППР је релативно скромна.[12] Ташиџан, Лиз и Мекконел (*Tashijan, Lease and McConnel*) на основу узорка од 49 реструктурирања спроведених у САД у периоду 1986–1993. године пореде ефикасности стечајних реорганизација, вансудског реструктурирања и УППР.[13] Налази потврђују теоријске предности УППР, при чему уочавају да је битна карактеристика таквих планова конверзија потраживања и промена власничке структуре. Беткер (*Betker*) такође анализира узорак од 49 УППР-а и добија резултате који потврђују теоријске налазе, при чему посебно анализира однос пореских подстицаја и проблем опортуног понашања поверилаца (hold-out проблем).[14] Чатерџи, Дилон и Рамирез (Chatterjee, Dhillon and Ramírez) анализирају детерминанте избора између стечајне реорганизације, УППР-а и вансудског реструктурирања на подацима

---

10 Б. Радуловић (2013), 92.

11 *Ibid*. 93. Због тренутно малог броја поступака у оквиру споразумног финансијског реструктурирања у Србији емпиријска анализа није могла да укључи и ту алтернативу.

12 Емпиријска литература пореди пре свега стечајну реорганизацију и ван судско реструктурирање. Вид. на пример Гилсон, Џон и Ленг (1990) који разматрају вероватноћу избора формалног реструктурирања. Они налазе да је вероватноћа формалног реструктурирања већа: 1) када је учешће материјалне у укупној имови ни дужника веће; 2) када постоји више класа поверилаца; 3) ако је ниско учешће потраживања банака у дугорочним обавезама предузећа. S.C. Gilson, et al. „Troubled Debt Restructurings: An Empirical Study of Private Reorganization of Firms in Default", *Journal of Financial Economics*, 27/1990, 315 353. О другим студијама вид. B. Radulović, „Vrapci i golubovi Empirijska analiza odluka o bankrotstvu ili reorganizaciji u Republici Srbiji", Evropska unija i Srbija Od tranzicije do pridruživanja, Ivan Vujačić (ured.), Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 82 83. Пре глед емпиријске литературе дат је у J. Hotchkiss, et al. (2008), „Bankruptcy and the Resolution of Financial Distress" in Espen Eckbo, B. (ed.) (2008), Handbook of Empirical Corporate Finance, Volume II (Handbooks in Finance), North Holland, Amsterdam, 230 286.

13 Поред поређења, аутори су посебну пажњу поклонили испољеним раз ликама између унапред изгласаних и унапред преговараних планова. Вид. E. Tashijan, R. C. Lease, J. J. McConnel, „Prepacks An empirical analysis of prepackaged bankruptcies", *Journal of Financial Economics* 40/1996.

14 Вид. B. Betker, „An Empirical Examination of Prepackaged Bankruptcy", *Financial Management* 24/1995, 3 18.

за САД у периоду од 1989. до 1992. године.[15] Они показују да одлука о начину реструктурирања зависи од финансијског леверица, размера проблема неликвидности и економских потешкоћа дужника, али и димензија координационог проблема између поверилаца. Дужници који бирају УППР су они који имају одрживо пословање, али и значајне проблеме с ликвидношћу.

Јост (*Yost*) такође разматра избор дужника између стечајне реорганизације, УППР-а и вансудског реструктурирања на узроку од 198 реорганизација спроведених у САД у зависности од три групе фактора.[16] Прву групу фактора чине финансијски показатељи пословања дужника. Јост показује да се дужници суочени с изненадним губитком ликвидности пре одлучују за традиционалну реорганизацију или УППР.[17] При томе, сходно очекивањима, дужници у традиционалним реорганизацијама имају веће проблеме с неликвидношћу. Другу групу фактора чине показатељи структуре извора финансирања. Дужници који спроводе неформално реструктурирање имају знатно веће учешће дугорочних кредита, при чему бележе убрзано задуживање у периоду од две године пре покретања реструктурирања. С друге стране, дужнике у традиционалним реорганизацијама одликује веће учешће краткорочних извора финансирања који такође убрзано расту у периоду од две године пре подношења почетка реструктурирања. Као трећи фактор Јост анализира присуство агенцијског проблема. Наиме, услед ексклузивног права дужника у САД да предложи план реорганизације постоји подстицај управи да се опортуно понаша, односно да ради задржавања постојећих позиција бира оне модалитете реструктурирања који стварају веће трошкове. Ипак, емпиријска анализа није потврдила да је реч о статистички значајном ефекту. Налази потврђују претходне резултате према којима постоје разлике између три вида реструктурирања и карактеристика дужника, тако да се закључује да

---

15 B. S.Chatterjee, U. Dhillon, and G. Ramírez „Resolution of Financial Distress: Debt Restructurings via Chapter 11, Prepackaged Bankruptcies, and Workouts“, *Financial Management* 25/1996, 5 18. Чатерџи, Дилон и Рамирез користе униваријациону анализу и мултиномну логистичку регресију, с обзиром на то да не анализирају једноставан бинарни избор, већ избор између три алтернативе.

16 Вид. K.Yost, „The choice among traditional Chapter 11, prepackaged bankruptcy, and out of court restructuring“, *Working paper, University of Wisconsin Madison*, 2002.

17 Попут Чатерџија, Дилона и Рамиреза, и Јост користи мултиномну логи стичку регресију. Резултати показују да финансијске перформансе дужника имају кључну улогу у избору између алтернативних видова реструктурирања. Дужници чији је рацио пословних прихода у односу на вредност имовине већи опредељују се за вансудско реструктурирање. Разлика између унапред припремљених и обичних планова објашњава се и бољим финансијским резултатима дужника и пословањем у сектору који бележи значајан пад тржишне вредности.

ex ante филтрирање дужника у САД функционише.[18] Дужници који су суочени с релативно мањим финансијским потешкоћама бирају вансудско реструктурирање, они у знатно већим потешкоћама бирају традиционалну реорганизацију, док УППР користе дужници чији је финансијски положај негде између. Наведени рад, осим доспелости потраживања поверилаца не разматра детаљније утицај структуре поверилаца на доношење одлуке. Поред наведених и неколико других радова посматра специфичне димензије УППР-а и традиционалних стечајних реорганизација. Тако Карапето (*Carapeto*) на основу модела ценкања пореди УППР с обичном стечајном реорганизацијом и емпиријски анализира факторе који могу довести до одуговлачења усвајања плана.[19]

На основу анализе теоријске и емпиријске литературе, основни налази у односу на избор опције реструктурирања указују да они углавном зависе од финансијских показатеља предузећа, сектора у коме предузеће послује, очекиваних проблема координације поверилаца, учешћа обезбеђених потраживања и могућности опортуног понашања поверилаца. При томе УППР је вероватнији за предузећа која имају боље показатеље, за секторе који су мање погођени економском и финансијском кризом, као и за предузећа у којима је проблем координације и опортуног понашања поверилаца мањи.

У домаћој литератури, Радуловић (2013) описује основне карактеристике УППР-а на релативно малом узорку и разматра факторе који утичу на три одлуке које се доносе током стечајног поступка – одлуку да се поднесе (стечајни) план реорганизације, одлуку о банкротству стечајног дужника и одлуку да се (стечајни) план реорганизације одбаци.[20] Радуловић (2012) користи велики узорак од преко 500 стечајних дужника у Републици Србији чији је поступак покренут и отворен након усвајања Закона о стечају 2010. године и налази да одлука о подношењу УППР зависи од карактеристика самог дужника, одлука о реорганизацији зависи како од финансијских показатеља дужника, тако и од структуре поверилаца, док одлука о потврђивању плана зависи од својинског облика дужника, али и учешћа банака као разлучних поверилаца. У односу на иницијални период након доношења Закона о стечају дошло је до промене релативног значаја алтернативних стечајних поступака. Иако су оба рада и даље релевантна у погледу анализе бан-

[18] О стечају као механизму филтрирања дужника вид. M. White, „Corporate Bankruptcy as a Filtering Device: Chapter 11 Reorganizations and Out of Court Debt Restructurings“, *Journal of Law, Economics and Organization* 2/1994, 268.

[19] M.Carapeto, „Bankruptcy bargaining with outside options and strategic delay“, *Journal of Corporate Finance*, 11/ 2005, 736 746.

[20] Радуловић (2013).

кротства и обичних реорганизација, као и основних карактеристика унапред припремљених планова, измењене околности и значајан раст коришћења УППР-а, као и непостојање детаљног емпиријског разматрања ове теме намеће потребу за додатном анализом.

3. ОДЛУКЕ О ПОДНОШЕЊУ ПЛАНА И ГЛАСАЊУ ЗА ПЛАН

Анализа УППР-а обухвата период од почетка примене новог Закона о стечају до фебруара 2015. године. Подаци о плановима реорганизације и поступцима су прикупљени на основу информација објављених на интернет порталу привредних судова и огласа о стечајним предметима објављених у *Службеном гласнику РС*. Планови су преузети с интернет страница Агенције за привредне регистре, док је један број планова који није доступан прибављен од правних и финансијских саветника дужника односно привредних судова. База података садржи 560 идентификованих поступака у периоду од 2010 до фебруара 2015. године у којима су дужници или други овлашћени предлагачи поднели унапред припремљене или обичне планове реорганизације. Како би се утврдио статус предмета за сваког од стечајних дужника поред плана реорганизације прибављена су релевантна решења о покретању, отварању односно обустави поступка. Сваки план је кодификован тако да садржи преко 60 појединачних информација (о дужнику, његовом пословању, структури поверилаца, карактеристикама плана, укључујући број класа, стопе предвиђеног намирења класа поверилаца, итд.). На тај начин је обрађено 190 доступних планова. То је знатно мање од укупног броја, јер један број планова није доступан, а значајан број планова још увек није правноснажан или је одлуком другостепеног суда потврђени план укинут. Поједини дужници су поново подносили планове након што су им претходни одбачени, одбијени или су усвојени планови након жалбе укинути одлуком другостепеног суда. Један број планова је изостављен јер не садржи потребне, често основне податке, или их није било могуће ни посредно утврдити. Коначно, за потребе анализе ограничили смо се на планове великих и средњих привредних друштава, и то тако да имовина дужника буде већа од милион евра. База коришћена у раду садржи 97 планова реорганизације. Укупна вредност утврђених обавеза у узорку износи више од 1,9 милијарди евра, док процењена вредност имовине износи преко 1,6 милијарди евра. То је око половине вредности утврђених потраживања и имовине у поступцима реорганизације од почетка примене Закона о стечају 2010. године. У узорку доминирају УППР-и, што је случај и у пракси

након 2013. године, а посебно за велика и средња предузећа која су обухваћена узорком.

Претпоставка од које полазимо је да дужници бирају вид реорганизације на основу својих пословних и финансијских показатеља и структуре дугова. С обзиром на то да дужници који припремају УППР и преговарају са својим повериоцима немају нужно блокиране рачуне, као стечајни разлог могу да користе претећу неликвидност. Дужници за које се план реорганизације подноси у оквиру „обичног“ стечајног поступка по правилу као стечајне разлоге користе несолвентност и/или неликвидност. Стога је логично формирати хипотезу према којој су финансијски и пословни показатељи дужника који подносе УППР нешто бољи. Бољи финансијски положај дужника у складу је са сличним налазима приказаним у прегледу литературе. Уколико је то случај, онда институт УППР даје резултате, јер се ранијим покретањем поступка смањују не само директни, већ и индиректни трошкови стечаја.

Друга претпоставка односи се на координациони проблем. Дужници чија је структура поверилаца сложенија и где је координациони проблем израженији опредељују се за формални стечајни поступак. Супротно, за дату величину дужника и његову задуженост једноставнија структура поверилаца омогућава лакше разрешавање дужничко-поверилачких односа кроз УППР. Сходно, друга хипотеза је да дужници у таквим околностима једноставније прибављају сагласност већинских поверилаца, те да се планови једноставније подносе и усвајају.

На основу прикупљених података и формулисаних хипотеза разматрамо две кључне одлуке у погледу унапред припремљених планова реорганизације. Прво разматрамо одлуку самог дужника да поднесе УППР у односу на опцију стечајне реорганизације. Табела 1 приказује основне податке о коришћеном узорку. Према ванредним финансијским извештајима датим у плановима реорганизације такви дужници су у просеку солвентни непосредно пре подношења УППР-а, док код обичних реорганизација имовина покрива 93% утврђених обавеза. Такође, дужина периода трајања финансијских потешкоћа је нешто краћа, јер је у просеку број година у којима дужник бележи нето губитак нешто дужи (1,9 у односу на 1,5 година). С друге стране, према основним карактеристикама структуре поверилаца према коришћеним показатељима готово и да нема разлике.

Табела 1: Дескриптивна статистика коришћеног узорка

Реорганизација	Променљива	Просек	Медијана	Ст.дев.	Мин.	Макс.	Број
Стечајна	Солвентност (пословна имовина/ обавезе)	0.93	0.87	0.47	0.36	2.54	26
	Привредно друштво приватизовано	0.46	0.00	0.51	0.00	1.00	26
	Учешће сталне имовине у ликв. вредност	0.76	0.93	0.33	0.00	1.00	25
	Број година у којима дужник бележи нето губитак (од последње три)	1.88	2.00	1.03	0.00	3.00	26
	ln (укупне обавезе)	19.94	19.93	1.20	17.96	21.72	26
	Учешће разлучних поверилаца	0.34	0.36	0.27	0.00	0.98	26
	Учешће банака као разлучних поверилаца	0.26	0.16	0.27	0.00	0.98	26
	Број класа поверилаца	4.08	4.00	1.23	2.00	7.00	26
УППР	Солвентност (пословна имовина/ обавезе)	1.00	0.97	0.47	0.22	2.65	71
	Привредно друштво приватизовано	0.54	1.00	0.50	0.00	1.00	71
	Учешће сталне имовине у ликв. вредност	0.63	0.66	0.29	0.00	1.00	64
	Број година у којима дужник бележи нето губитак (од последње три)	1.49	1.00	1.09	0.00	3.00	71
	ln (укупне обавезе)	20.79	20.84	1.37	18.07	24.08	71
	Учешће разлучних поверилаца	0.34	0.29	0.27	0.00	0.97	71
	Учешће банака као разлучних поверилаца	0.24	0.20	0.21	0.00	0.83	71
	Број класа поверилаца	5.69	5.00	2.50	1.00	14.00	71
Укупно	Солвентност (пословна имовина/ обавезе)	0.98	0.92	0.47	0.22	2.65	97
	Привредно друштво приватизовано	0.52	1.00	0.50	0.00	1.00	97
	Учешће сталне имовине у ликв. вредност	0.66	0.74	0.31	0.00	1.00	89
	Број година у којима дужник бележи нето губитак (од последње три)	1.60	2.00	1.09	0.00	3.00	97
	ln (укупне обавезе)	20.56	20.71	1.37	17.96	24.08	97
	Учешће разлучних поверилаца	0.34	0.31	0.26	0.00	0.98	97
	Учешће банака као разлучних поверилаца	0.25	0.19	0.23	0.00	0.98	97
	Број класа поверилаца	5.26	5.00	2.34	1.00	14.00	97

Од укупно 97 реорганизација, 71 је покренута подношењем УППР-а. При томе се однос с протеком година променио у корист УППР-а. У 2010. години од 13 реорганизација, чак 10 је спроведено обичним поступком реорганизације. У 2014. години у узроку се не налази ниједна реорганизација која је окончана стечајном реорганизацијом, док узорак садржи чак 14 унапред припремљених планова. Другим речима, релативна важност обичних реорганизација је нагло опала, па се намеће питање да ли је тај прелазак с обичних на унапред припремљене планове био суштински, тако да се предузећа која подносе планове заиста разликују од оних које одликује дугорочна неликвидност и несолвентност или се због одсуства „филтрирања“ и подстицаја које ствара УППР дошло до негативне селекције. За изабране променљиве коришћењем униваријационе анализе разматран је статистички значај разлике између посматраних просечних вредности у случају коришћења УППР-а и обичног плана реорганизације (Табела 2).

Табела 2: Униваријациона анализа – разлика УППР и стечајних реорганизација

Променљива	УППР	Обичан	t test		Једнострани		Број
Солвентност (пословна имовина/ обавезе)	1.00	0.93	0.683				97
Учешће сталне имовине у ликв. вредности	0.63	0.76	1.701	*	diff> 0	**	89
Број година у којима дужник бележи нето губитак (од последње три)	1.49	1.88	1.628		diff> 0	*	97
ln (укупне обавезе)	20.79	19.94	2.994	***	diff <0	***	97
Учешће разлучних поверилаца	0.34	0.34	0.035				97
Учешће банака и финансијских институција као поверилаца	0.438	0.434	0.064				97
Учешће банака као разлучних поверилаца	0.24	0.26	0.190				97
Број класа поверилаца	5.69	4.08	4.214	***	diff <0	***	97
* <0.1, ** <0.05 and *** <0.01							

На основу добијених резултата можемо закључити да су кључне разлике између УППР-а и планова који се подносе у оквиру редовног поступка поред величине дужника и нешто бољи финансијски положај дужника који подносе УППР. Предузећа која су се опредељивала за УППР нешто мање времена су провела у финансијским потешкоћама (израженог у периодима пословања с нето губитком) односно око 1,5 годину пре него што су поднела планове реорганизације, али имају мање учешће сталне имовине према

укупно ликвидационој имовини.[21] Величина предузећа и комплексност структуре потраживања огледа се и у просечном броју класа који је у просеку за 1,5 већи у УППР-има. С друге стране, у погледу структуре поверилаца, разлике су незнатне. Учешће разлучних поверилаца, односно учешће банака као разлучних поверилаца је готово идентично, тако да се не може тврдити да је структура потраживања битна приликом опредељивања за УППР, односно да су унапред припремљени планови вероватнији за дужнике код којих је учешће разлучних поверилаца или банака у укупним потраживањима од дужника веће или мање.[22] Подаци указују да УППР донекле успева да филтрира дужнике, али да је разлика у финансијском положају дужника релативно мала, те да се дужници по правилу јављају када су у поодмаклој фази кризе. У таквим околностима УППР је пожељна опција, како у погледу значајно мањих трошкова стечајног поступка, тако и услед могућности да управа дужника настави да води привредно друштво и током стечајног поступка.

Наведене налазе потврђујемо и једноставним микроеконометријским моделима.[23] Модели детаљније разматрају факторе који објашњавају шта има пресудан утицај на одлуку о подношењу УППР-а. Фактори су груписани тако да описују дужника (величину, ниво солвентности у тренутку подношења плана, дужину трајања финансијских потешкоћа), окружење (локацију, индустријски сектор), структуру поверилаца (број класа, учешће разлучних поверилаца у укупним потраживањима, односно учешће банака као разлучних поверилаца). С обзиром на то да низ променљивих (нпр. учешће домаћих банака или сектор у коме дужник обавља претежну делатност) не побољшава модел нисмо их приказали у Табели 3. У моделима је зависна променљива бинарна тако да узима вредност један ако је поднет УППР, односно нула ако то није учињено. Табела садржи и очекивања у погледу знака појединачних променљивих (хипотезе). На пример, очекује се да је подношење УППР мање ве-

[21] Разлика је делом резултат знатно већег броја обичних планова током периода важења одредаба о „аутоматском" стечају, када су дужници или стечајни управници подносили планове након отварања стечајног поступка за дужнике чији су рачуни дужи период били блокирани.

[22] Сличан резултат добија се и за променљиву учешћем банака у укупним потраживањима. Променљива која може имати битну улогу је број пословних бана ка као поверилаца, али она није кодирана, тако да није укључена у анализу.

[23] С обзиром на природу чланка задржаћемо се на једноставним техникама економетријске анализе, односно представљамо само једноставну верзију пробит модела (микроеконометријског модела бинарног избора). Приликом формирања модела коришћено је више тестова спецификације модела квалитативне зависне променљиве (на пример, изостављање одређених променљивих, трансформација ре левантних променљивих и сл.). Укључивање других расположивих варијабли нема суштински утицај на закључке представљене у раду. Коришћени подаци, програм и објашњења доступни су преко интернет странице *www.ius.bg.ac.rs/radbra*.

роватно ако је предузеће дужи период у финансијским потешкоћама или ако је степен несолвентности већи. Такође, очекује се да с растом учешћа сталне имовине у ликвидационој вредности дужника или пословних банака као разлучних поверилаца вероватноћа подношења УППР-а опада. Што је стална имовина већа, повериоци ће уместо усвајања плана реорганизације као мање извесном и дугорочном опцијом намирења покушати да се намире на други начин. За одређене променљиве предзнак може узети и позитивну и негативну вредност. С једне стране, комплекснији случајеви (апроксимирани бројем класа) захтевају већи степен формалности (именовање стечајног управника, попис, утврђивање потраживања) тако да је очекивани предзнак негативан. С друге стране, комплексни случајеви стварају високе трошкове тако да дужници имају додатан подстицај да их избегну коришћењем УППР-а (очекивани предзнак позитиван). У том случају, предзнак зависи од тога који ће од наведених ефеката преовладати.

Табела 3: Детерминанте подношења УППР

Променљива	Хипотеза (очекивани знак)	Модел (1)	Модел (2)	Модел (3)	Модел (4)	Модел (4)
ln (вредност укупних обавеза)	(+)	0.354***	0.232*	0.234*	0.254*	0.275*
		(2.893)	(1.696)	(1.707)	(1.698)	(1.793)
Број година у којима дужник бележи нето губитак (од последње три)	( )	0.165	0.130	0.144	0.256	0.249
		(1.156)	(0.874)	(0.954)	(1.534)	(1.505)
Солвентност (пословна имовина/ обавезе)	(+)	0.408	0.447	0.500	0.397	0.547
		(1.219)	(1.277)	(1.359)	(0.989)	(1.273)
Број класа	(+/)		0.198**	0.196**	0.164	0.155
			(2.003)	(1.971)	(1.628)	(1.555)
Учешће банака као разлучних поверилаца	( )					0.541
						(0.558)
Учешће разлучних поверилаца	( )			0.315	0.234	
				(0.536)	(0.303)	
Учешће банака и финансијских институција у обавезама дужника	(+/)				0.808	
					(1.138)	
					0.571	0.451
Учешће сталне имовине у ликвидационој вредности	( )				(1.034)	(0.599)
						0.394
						(0.717)
Константа		6.723**	5.258*	5.226*	4.678	5.285
		(2.535)	(1.880)	(1.865)	(1.523)	(1.650)

Променљива	Хипотеза (очекивани знак)	Модел (1)	Модел (2)	Модел (3)	Модел (4)	Модел (4)
χ^2 (сс)		12.070 (3)	17.031 (4)	17.320(5)	18.888(7)	19.107 (7)
Pseudo R^2		0.107	0.151	0.154	0.179	0.181
N		97	97	97	89	89
AIC		108.702	105.742	107.454	102.808	102.589
BIC		119.001	118.615	122.902	122.717	122.498

* $p<0.1$, ** $p<0.05$, *** $p<0.01$.

AIC и BIC представљају Акаике и Бајесов информациони критеријум тако да нижа добијена вредност означава бољи модел.

Резултати потврђују претходне налазе да су величина потраживања и број класа различити у односу на обичне планове реорганизације. Ипак, нисмо утврдили да је финансијски положај дужника статистички значајно различит за дужнике који подносе УППР у односу на обичне планове реорганизације. Статистичка значајност варијабли које илуструју финансијски положај (солвентност и број периода пословања са губицима) остварена је у неколико модела с већим бројем вештачких променљивих (сектор, приватизација, итд.), али су ти налази имали незадовољавајући рацио веродостојности и друге проблеме те нису представљени. У погледу структуре поверилаца, добијени налази су у складу с резултатима добијеним приликом анализе обичних планова реорганизације.[24] Радуловић налази да за подношење обичних планова „ни учешће обавеза према банкама, ни учешће обезбеђене у укупној имовини нису статистички значајне" променљиве, због тога што наведени повериоци по правилу немају значајну улогу у припреми плана. С обзиром на то да је предмет наведене анализе другачији и да узорак обухвата више од 500 поступака банкрота и стечајних реорганизација, објашњење у случају УППР-а је другачије. У односу на обичне планове реорганизације, већински повериоци имају значајну улогу од самог почетка припреме УППР-а. Иако према закону искључиво дужник може да поднесе УППР, у претходном периоду било је потребно прибавити и сагласност већинских поверилаца. С обзиром на то да УППР немају другачију структуру потраживања у односу на обичне планове, резултати указују да већински повериоци, у које најчешће спадају и пословне банке, „пуштају" планове. Можемо закључити да је механизам филтрирања у првом кораку, тј. приликом доношења одлуке о подношењу плана релативно слаб. Коначно, модели имају релативно висок проценат тачности предвиђања (између 71 и 75 процената).

Друго питање односи се на факторе који су пресудни да поднети УППР буде усвојен, односно у којој мери структура поверилаца

[24] Радуловић, 2012. 88.

утиче на коначан исход. У овом случају очекујемо да ће повериоци гласати против плана ако је реч о мањем привредном друштву, ако је друштво провело дужи период у финансијским потешкоћама, односно ако је ниво солвентности нижи. Такође, претпостављамо да ће план бити одбачен ако је учешће сталне у укупној имовини веће. Дилема постоји око утицаја разлучних поверилаца и пословних банака на одлуку о одбијању. Вајт предвиђа да вероватноћа усвајања плана реорганизације опада ако расте учешће необезбеђених потраживања[25]. Очекујемо да је гласање против УППР-а мање вероватно ако су пословне банке доминантне међу разлучним повериоцима.

Добијени резултати униваријационе анализе приказани су у Табели 4. Не можемо да тврдимо да постоји статистички значајна разлика између потврђених и одбачених УППР-а како за низ финансијских показатеља, тако и за сваку од варијабли које приказују структуру обавеза дужника. Поред приказаних промењљивих, за низ других варијабли добијен је резултат који не указује на постојање статистички значајне разлике. Коначно, ни већи број модела није садржао резултат вредан приказивања, при чему је резултат модела био такав да за коришћене променљиве нисмо могли да покажемо да бар један од коефицијената није једнак нули.

Табела 4: Униваријациона анализа потврђивања УППР

Променљива	Потврђен	Одбачен	t test	Једнострани	Број
Солвентност (пословна имовина/ обавезе)	1.04	0.88	1.1849		71
Учешће сталне имовине у ликв. вредности	0.601	0.724	1.4572	diff <0*	64
Број година у којима дужник бележи нето губитак (од последње три)	1.40	1.81	1.3170		71
ln (укупне обавезе)	20.80	20.77	0.0644		71
Учешће разлучних поверилаца	0.353	0.317	0.4349		71
Учешће банака и финансијских институција као поверилаца	0.445	0.414	0.3280		71
Учешће банака као разлучних поверилаца	0.258	0.198	0.9434		71
Број класа поверилаца	5.6	6	0.5201		71
* <0.1, ** <0.05 and *** <0.01					

Одсуство разлике, имајући у виду да су УППР-и потиснули обичне планове реорганизације, указује на одсуство филтрирања, односно на потенцијално значајно учешће грешке типа I, односно на усвајање планова дужника који по својим карактеристикама немају

25 M. White, „The Corporate Bankruptcy Decision“, *The Journal of Economic Perspectives*, 2/1989, 129 151.

одрживо пословање. У прилог овом закључку иде и чињеница да у посматраном узорку скоро 30% планова није спроведено, тако да су дужници завршили поново у стечајном поступку, али овог пута у банкроту.

4. ЗАКЉУЧАК

Подстицај дужнику у финансијским потешкоћама да поднесе УППР, у поређењу с другим опцијама, је веома велик. С једне стране, уграђени подстицаји могу имати позитивне ефекте уколико подстичу дужнике да: 1) правовремено поднесу планове и 2) да су планови након адекватног „филтрирања" од стране поверилаца усвојени ако је пословање дужника одрживо. С друге стране, ако се планови због претераних подстицаја подносе неселективно и ако „филтрирање" не функционише долази до проблема негативне селекције, односно усвајања планова у случајевима када дужник нема одрживо пословање.

Подаци указују да је разлика у финансијском положају дужника који подносе УППР и оних за које се планови подносе у оквиру „редовног" стечајног поступка релативно мала, те да се дужници по правилу јављају када су у поодмаклој фази кризе. Одсуство значајније разлике у погледу основних финансијских и пословних показатеља дужника указује на проблем негативне селекције у примени института УППР-а. Проблем негативне селекције може се решити у другом кораку, приликом потврђивања плана. Ипак, у складу с очекивањима (с обзиром на то да се преговори воде пре подношења плана реорганизације) поднети УППР испољавају релативно висок степен потврђивања од стране поверилаца, тако да проблем негативне селекције опстаје.

Због чега повериоци омогућавају подношење, а затим и усвајање таквих планова? Део објашњења лежи и у пасивности већинских поверилаца током припреме плана, односно пре подношења плана. Другим речима, већински повериоци омогућавају подношење и реагују *ex post*, ако нису задовољни понуђеним условима намирења. У пракси се повериоци (пре свега банке) често ослањају на други степен, тј. Привредни апелациони суд као корективни фактор. У нашем узорку чак 36 од 76 потврђених унапред припремљених планова, било је ожалбено, а значајан број решења био је укинут. Проблем таквог приступа је нејасан положај дужника, док се поступак пролонгира. Поред тога, планови по правилу предвиђају стопроцентно намирење не само разлучних поверилаца, док су олакшице дужнику ограничене само на продужење периода отплате. С обзиром на то да

им се према усвојеном плану износ укупних потраживања не мења, повериоци се опредељују за стратегију чекања, очекујући боље намирење у будућности. Потпуно разумевање понашања поверилаца, а пре свега пословних банака, захтева додатну анализу којом би се објаснило њихово одлучивање о УППР-има, односно како начин и услови намирења утичу на њихове одлуке.

Питање које се намеће је на који начин смањити негативну селекцију. Овде наводимо два потенцијална приступа. Први регулаторни приступ подразумева измену прописа тако да се отежа подношење и/или усвајање УППР-а. Отежавање подношења могуће је стриктнијом применом одредаба које се тичу изјава поверилаца. Проблем у примени таквог решења је што уместо изјаве о сагласности повериоци, након усвојених измена Закона о стечају, сада треба само да изјаве да су упознати са садржином плана реорганизације. Тиме се додатно омогућава олакшано подношење планова и ствара подстицај за злоупотребу института. Коначни ефекти таквог решења зависе од предстојећих измена Правилника о начину спровођења реорганизације унапред припремљеним планом реорганизације и садржини тог плана.[26] Поред отежаног подношења, могуће је отежати усвајање УППР-а, на пример тако што би се уместо обичне већине потраживања тражила двотрећинска већина, али то захтева измене постојећег Закона о стечају.

Други, тржишни приступ, подразумева наставак примене постојећег законског оквира. С озбиром на то да су повериоци дали шансу дужницима усвајањем плана, али да такви планови не омогућавају да дужници спроведу суштинско реструктурирање, предстоји даље признавање грешки првог типа односно банкрот дужника, али и значајан број нових покушаја дужника чији су планови већ били усвојени. Решавање проблема тржишним приступом, значи да би такви планови морали да садрже одредбе које омогућавају суштинско реструктурирање или ће то бити ликвидациони планови реорганизације којима се врши промена власништва над дужницима.

[26] *Службени гласник РС*, бр. 37/10.

Dr. Branko Radulović

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

PREPACKS AND THE ADVERSE SELECTION PROBLEM

Summary

The article presents the first detailed econometric analysis of pre-packaged reorganization plans in Serbia. Pre-pack offers tremendous incentives for debtors in financial difficulties making it their preferred restructuring alternative. Using the sample of 97 cases, we show that pre-pack fails to filter out inefficient firms as we find no evidence to suggest that the debtors who file pre-packaged plans are in significantly better financial position than those whose plans are submitted after the opening of bankruptcy proceedings. Filtering failure is a result of the poor implementation of the law and creditors' passivity. We examine regulatory and market approaches for solving the problem of adverse selection of debtors filing a pre-packaged bankruptcy.

Key words: *Pre-packaged reorganization plans. – Adverse selection. – Bankruptcy.*

УДК 347.68(363.4/.5)

CERIF: S130, H300

Мр Милош Станковић*

ПРАВНА ПРИРОДА АФАТОМИЈЕ

Аутор у чланку анализира афатомију, правни посао за случај смрти Франака, који се у литератури сматра зачетком тестамента код старих Германа, али и кореном уговора о наслеђивању нормираних у великим грађанскоправним кодификацијама. Циљ рада је да се кроз анализу правне природе афатомије испита тачност ове основне хипотезе и да се да одговор на питање да ли су у упоредној правној традицији евентуално постојали правни послови који су настали пре афатомије и који се такође могу сматрати зачецима уговорног наслеђивања.

У првом делу рада аутор констатује да су друштвено економске прилике, културна и правна свест старих Германа диктирале нужност стварања другачијих правних послова којима би се располагало за случај смрти, јер ови народи нису познавали завештање. Потом анализира начин на који се предузимала афатомија у Салијском и у Рипуарском законику, указује на сличности и разлике овог института код Салијских и Рипуарских Франака и презентује различите теорије којима се објашњава правна природа овог института.

Аутор закључује да се афатомија може сматрати кореном уговорног наслеђивања у најширем смислу, али не и уговора о наслеђивању у смислу у коме их познају савремена права, као и да ова констатација може да буде тачна само за германска права, али не и за правну цивилизацију уопште.

Кључне речи: *Афатомија. Тестамент mancipatio familiae. Германско право. Уговор о наслеђивању.*

1. УВОД

Римски историчар Тацит је, пишући у 1. веку н. е. о Германима с којима су Римљани већ увелико ратовали, описивао разноврсне, за

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *milos.stankovic@ius.bg.ac.rs*

њега необичне обичаје код тих варварских племена. То је било од вишеструке користи, јер је један век пре њега Цезар такође описивао живот Германа у своме делу о Галским ратовима (*De bello Gallico*), хвалећи се својим успесима у сукобима са њима. Тако је данас могуће упоређивати разлике које су се догодиле током једног столећа развитка овог варварског друштва. И један и други, а нарочито Тацит био, је зачуђен што су се обичаји германских народа у материји наслеђивања толико разликовали од римских наследноправних правила, а поготово због чињенице што они нису познавали тестамент, који је за Римљане био једна стара, скоро исконска институција и без које се скоро није могао замислити одлазак с овога света.[1] Све до почетка потпуније рецепције римског права у германским земљама се чак сматрало да се тестаментом штети положају наследника.[2] То је била последица потпуно другачије структуре породице код ових народа у односу на ону која је постојала у Риму, а која се заснивала на солидарности и једнакости свих њених чланова које је повезивало крвно сродство. Истина, и код Германа је постојао породични старешина који је вршио *mundium* над својим члановима, али он за разлику од римског *pater familias*-а није био власник породичних добара, већ је њима само привремено управљао у најбољем интересу свих, јер су породична добра припадала свим члановима породице заједно. Тако је и заједничка воља чланова породице опредељивала начин сукцесије имовине у случају смрти једног од њих, па отуда и објашњење због чега није било места завештању, као акту индивидуалне воље, немогућем без постојања приватне својине.[3]

Међутим, када је у германску племенску заједницу постепено почела да продире приватна својина, право да се њоме располаже *post mortem* било је искључено. И то је била последица специфичности које упознајемо захваљујући Цезару и Тациту. Наиме, ови народи су, за разлику од Римљана, веровали да смрћу једног лица не само што престају његова права на стварима, већ и његова воља у

---

[1] Јер, већ од Закона 12 таблица могу се пратити корени тестамента у разли читим облицима (вид. Драгомир Стојчевић, *Порекло и функција тестамента calatis comitiis*, Београд 1949 (докторска дисертација, дактилографисано), а умрети без те стамента је представљало једну од најгорих клетви међу Римљанима. Код Тацита читамо: „Међутим, у свакога су наследници и следбеници властита деца, и не пра ви се никакво завештање. Ако нема деце, имање наслеђују најпре браћа, стричеви, ујаци“, Publije Kornelije Tacit, *Germanija Agrikola Razgovor o govornicima*, prevod, beleške i pogovor Darinka Nevenić Grabovac, Beograd 1969, 13.

[2] Срђан Шаркић, *Општа историја државе и права*, Београд 1999, 172; Charles Lefebvre, *Cours de doctorat sur L'histoire de droit civil francais, L'ancien droit des successions première partie*, Paris 1912, 19.

[3] Pierre Clément Timbal, *Droit romain et ancient droit français, Régimes matrimoniaux, Successions Libéralités*, Paris 1960 (Dalloz), 150; M. G. Lepointe, *Les successions dans l'ancien droit*, Paris 1936, 72.

погледу тих ствари, па би по њиховим схватањима било неприродно ту вољу даље следити и поступати по њој.[4] Одсуство тестамента као једностране изјаве воље којом се располаже својом имовином за случај смрти последица је два општија правна и животна принципа под којима су живели Германи. Први разлог је свакако колективистички стил живота, привређивања и својинских овлашћења, због чега и многи други народи који су живели у таквим или сличним заједницама (нпр. Спарта) не познају тестамент. Можда је још значајнији разлог резервисаност према могућности да, како то каже Живојин Перић, „идеје и менталитет мртвих производе правно дејство", односно према „признању да смрћу не престаје све што је у човеку".[5]Међутим, постепени продор приватне својине и мењање друштвеног менталитета постепено је наметао нужност да се на један уређен и унапред предвиђен начин ипак омогући припадницима колектива да својом вољом определе начин на који ће преносити своју имовину на потоње генерације. То ће код Германа изродити не само посебне правне послове посредством којих ће остваривати ове циљеве, већ ће утицати и на њихову особену правну природу.

2. УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ КАО ПРЕТЕЧА ЗАВЕШТАЈНОГ НАСЛЕЂИВАЊА

Настанак уговора о наслеђивању се у литератури по правилу везује за средњовековна германска права, а при том се првенствено имају на уму франачка афатомија (*affatomia*) и лангобардски тинкс (*thinx*). Ове установе су се најпре појавиле у франачком Салијском законику (који је настао почетком VI века), а потом у Ротаровом едикту (првој писаној збирци лангобардског права из 643. г.). И поред одређених разлика, ове две установе омогућавале су пренос имовине лицима ван круга наследника одређених законом односно обичајем. Еволуција ових установа кретала се од института породичног до установа наследног права.[6] О тачности ове тврдње сведочи и текст Салијског законика. Поред члана 59 којим је у овој кодификацији било регулисано законско наслеђивање, члан 46 којим се регулише

[4] P. C. Timbal, 150.

[5] Ж. Перић, *Le Mysticisme dans le Doit de succession*, Revue Generale du Droit, de la Legislation et de la Jurisprudence, t XXXXIX, Paris 1925, 40/44, 105 111, наведе но према: Оливер Антић, *Наследно право*, Београд 2008, 26, фн. 32.

[6] Лефебр (*Lefebvre*) је изричит да корене *l'institution contractuelle* (уговор ног одређивања наследника у француском праву и уопште у грађанским правима настајалим по узору на Наполеонов кодекс) треба тражити у франачкој афатомији и лангобардском тинксу. C. Lefebvre, 155 156. Слично: Piero Balestra, *Del Contratto successorio di vitalizio*, Lugano 1929, 10 11.

институт афатомије почиње речима: „при одређивању наследника (афатомији)...“.[7] Даљи текст јасно указује да је овај институт имао за циљ да се њиме за наследника одреди и неко друго лице ван круга законских наследника. Пошто је сасвим очигледно да ова установа нема карактер тестамента, остаје потреба да се утврди правна природа афатомије, као института којим се у пракси вољно распоређивала заоставштина за случај смрти?

У литератури се често указује да се поклони (углавном чињени цркви) и уговор о наслеђивању, као и институти из којих се развио, третирају само као прелазна историјско-правна фаза ка примени тестамента у средњовековном германском праву.[8] Овакав став је у сагласности с развојем кроз који су претходно прошла права старог истока и римско право, али који ће касније бити уочљив и у српском средњовековном праву. Он се огледа у чињеници да је уговорно одређивање наследника у најширем смислу речи заиста историјски претходило именовању наследника у форми једностране изјаве воље. Међутим, да ли је то довољно да би се рекло да су корени уговора о наслеђивању у смислу у коме их познају савремена права никли баш у средњовековним германским правима, односно у установи афатомије?

3. АФАТОМИЈА

3.1. Афатомија у Салијском законику

Афатомија је правни посао којим је једно лице преносило за живота на друго лице своју целокупну имовину или један њен део. Свечана форма коју је подразумевала афатомија састојала се из три фазе. У првој би оставилац на народном суду, на рочишту у присуству три сведока и судије тунгина (*thunginus*) или центуриона, који би се појављивали са штитом, у једном симболичком поступку преносио добра на посредника.[9] Форма се састојала у томе што би то

---

7 Овде преузимамо превод на наш језик који су дали Пухан и Микуландра, уз сав ризик који то подразумева. Но, пошто су у питању добри зналци римског права и терминологије, ослонац на њихов превод овог законика с латинског језика, на коме је законик и био написан, је прихватљив. Ипак, на овом месту се уочава чињеница да преводиоци у ствари објашњавају реч „афатомија“ на свој начин, а у оригиналу стоји само тај појам (без појашњења), *Салијски закон*, превели Иво Пухан и Никола Микуландра, редиговао Јаков Бумбер, Београд 1951, 71 73, 93 95.

8 С. Шаркић, 172.

9 Овај посредник (с којим лице које је располагало имовином није смело да буде у сродству) ће касније бити називан именом *Salmann*, а овај формални поступак преноса имовине *festuca in laisum jacta,* Marc Péter, *Étude sur le pacte successoral*, these de doctorat présentée a la Faculté de droit Université de Genève, Genève 1897, 17.

лице, као да преноси својину, бацало гранчицу у крило посреднику одређујући коју имовину, у ком делу и ком лицу или лицима посредник треба даље да је пренесе. Потом је наступала друга фаза. Посредник би заснивао заједницу живота са оставиоцем у његовој кући и пред тројицом или више гостију располагао повереном имовином, а потом све то чинио и пред сведоцима. Затим би био дужан да у року од дванаест месеци[10] пред краљевим судом или у присуству самог краља и три сведока, баци гранчицу у крило лицима која су одређена за наследнике и пренесе им имовину у сразмери коју је одредио први преносилац, односно оставилац.[11] Ова солемнитетна форма представљала је гаранцију да ће се постићи жељени ефекти, али је обавезивала оставиоца да одмах пренесе добра у руке посредника кога је одабрао.[12] Дакле, радило се о правном послу *inter vivos*. Ако би неко оспорио овакво располагање, задатак три сведока који су присуствовали рочишту пред тунгином или центурионом био је да потврде и понове да су видели које је лице пренело имовину на ког посредника и како је даље наложило да се та имовина расподели. Затим су следећа три сведока морала да потврде да је посредник у чије је крило бачена гранчица заиста боравио у кући лица које је располагало имовином и да је тамо сакупио троје или више гостију које је почастио кашом и да су потом призвали сведоке, да би на крају последња три сведока дала потврду да је посредник који је примио имовину, на краљевом суду или пред краљем „ту имовину јавно и пред свима бацио у крило онима који су именовани за наследнике.[13]

Иако Салијски законик ништа не говори о томе каква је требало да буде правна природа односа између оставиоца и наследника, изгледа да су се афатомијом служили само припадници родовско-племенске аристократије и то под условом да нису имали деце.[14] Наследник одређен афатомијом преузимао је сва права на наслеђе која би иначе припадала оставиочевом биолошком сину.[15] Таквом

У држави Карла Великог овлашћено лице које је учествовало у овом формалном поступку се звало *missus dominicus*. E. Glasson, *Le droit de succession dans les lois Barbares*, Paris 1886, 43.

[10] У науци се по једном схватању овај рок од дванаест месеци рачунао од тренутка смрти лица које је афатомијом располагало, а по другом, то је био рок између предузимања две свечане форме преношења имовине најпре на посредника, а онда и на наследника. M. G. Lepointe (1936), 66.

[11] Салијски закон, 71 73.

[12] P. C. Timbal, 153; Srđan Šarkić, Dragoljub Popović, *Veliki pravni sistemi i kodifikacije*, Beograd 1993, 54; С. Шаркић, 134.

[13] Салијски закон, 73.

[14] Jacques Chomilier, *Adoption: un lien pour la vie*, Marseille 2009, 17; E. Glasson, 42.

[15] Emmanuelle Santinelli, Continuité ou rupture? L'adoption dans le droit mérovingien, *Médiévales 35/1998,* 11.

закључку иде у прилог и пажљива анализа свечане форме у којој се преносила својина у поступку афатомије.

Иако у литератури нисмо наишли на објашњење зашто се симболички пренос права својине на наследника обављао баш бацањем гранчице у крило, чини се да је могуће учинити бар покушај да се реконструише значај оваквог чина. Како се грана надовезује на стабло, а оно на корен, тако је и њен пренос метафорички имао да означи двоструки континуитет, континуитет имовине и континуитет породице. У време када заједничка својина полако уступа место индивидуалној, приватној својини, сећање на низ предака који су допринели њеном стварању и очувању још увек је свеже. А како оставилац нема сопственог потомства, гранчица коју преноси симболизује не само да се у његовим рукама налази изданак и део породичне својине, већ и да је онај на кога се гранчица преноси, од сада такође оставиочев изданак, односно да је он након усвојења његов потомак. Друга фаза афатомије такође даје основ за тумачење да је у накнаду за имовину која се преносила на њега, наследник преузимао бригу о кући свог „оца усвојиоца", односно такође симболички преузимао улогу домаћина куће тиме што би сачекао госте и послужио их кашом.[16] Његов боравак у кући лица које је располагало имовином служио је томе да наследник демонстрира трећим лицима своје стечено право.[17] Посредник је постајао само фиктивни власник на пренесеним добрима. Иако је на њима имао државину, право плодоуживања остајало је преносиоцу, односно будућем оставиоцу. Међутим, улога посредника била је нужна јер су Германи познавали само правне послове међу живима, односно били су им непознати модалитети (нпр. рок) којима би њихова правна дејства модификовали и везали за тренутак смрти.[18]

Облик афатомије предвиђен Салијским закоником представљао је изгледа крај њеног еволутивног пута, јер се устаљивањем својинских права на непокретностима и слабљењем колективистичког духа изгубила и првобитно постојећа потреба учешћа и сагласности шире заједнице у њеном предузимању, већ је за њену пуноважност било довољно да буде закључена *ante regem*. Још један доказ слабљења формализма био је и тај што афатомија није морала нужно да представља основ којим се располагало целом имовином, већ се временом могло располагати и само једним њеним делом.[19]

---

16 *Ibid.*

17 M. G. Lepointe (1936), 65.

18 Frédéric Peltier, G. H. Bousquet, *Les successions agnatiques mitigées, Paris 1935*, 69 70.

19 P. Balestra, 13 14.

3.2. Афатомија у Рипуарском законику

Афатомија је у чл. 48 и 49 Рипуарског законика била регулисана много еластичније него у Салијском законику. Изгледа да под утицајем римског права њена форма није била тако компликована као она коју су примењивали Салијски Франци. Она се састојала у томе што је лице (мушкарац или жена) које није имало ни мушког ни женског потомства имало право да у присуству краља и сведока, без учешћа посредника, усвоји неко друго лице из веома широког круга потенцијалних усвојеника (родитеља, супружника, било које треће лице) и преда му добра и то у писаној форми или у форми *per traditionem*. Ипак, чињеница да се примењивала само ако будући оставилац који је предузимао афатомију не би имао биолошко потомство, значила је да се афатомија раскидала (као и усвојење код Лангобарда) ако би након њеног предузимања будући оставилац добио сина.[20] Било је случајева и када је афатомија предузимана и да би се од трећих лица сачувао и обезбедио положај лица које је већ било усвојено и у чију корист се већ доброчино располагало.[21] Оставилац је све до своје смрти на добрима која су била обухваћена афатомијом задржавао право плодоуживања, а наследник је на њима стицао сва своја права тек тренутком оставиочеве смрти. То значи да је он све до смрти оставиоца био само презумптивни наследник, који није уживао ништа више до наследну наду.[22]

По мишљењу неких аутора уговор о афатомији су између себе могли да закључе и супружници, одређујући једно друго за реципрочне наследнике.[23] Међутим, надживели супружник је на овај начин могао да стекне само доживотно плодоуживање на заоставштини умрлог брачног друга, која је након његове смрти припадала законским наследницима супружника који је умро пре њега (изузетак су представљале одредбе Баварског законика према којима је удовица наслеђивала заоставштину свог супруга у својину, али под условом да касније не закључи нови брак).[24] Ова правила, иначе редовна међу супружницима, могла су у форми афатомије да предвиде и друга лица, односно да једно друго одреде за наследника, али би тада били дужни да унесу и једну формалну одредбу којом би право надживелог лица ограничили само на плодоуживање.[25]

---

[20] E. Santinelli, 12; C. Lefebvre, 156; F. Peltier, G. H. Bousquet, 70 71.

[21] C. Lefebvre, 156.

[22] M. G. Lepointe (1936), 66.

[23] E. Glasson, 44; M. G. Lepointe (1936), 67.

[24] E. Glasson, 44, фн. 3; M. Péter, 19.

[25] E. Glasson, 44.

3.3. Правна природа афатомије

О томе каква је била правна природа афатомије у науци се искристалисало неколико схватања.

Према првом гледишту, афатомија је имала уговорну правну природу, при чему су се мишљења у оквиру овог правца разликовала према томе ком уговору је афатомија била најсличнија. Једна група аутора сматрала је да је овај правни посао старих Франака најсличнији поклону. По мишљењу Тимбала (*Timbal*) начин на који је једно лице путем афатомије одређивало наследнике састојао се у томе што је оставилац фиктивно усвајао једно лице у које је имао поверење, а које је као посредник требало да ту имовину касније преносе на трећа лица која би оставилац одредио. Он је заправо чинио поклон задржавајући за себе право плодоуживања на поклоњеном добру.[26] Слично њему, Антић у афатомији види једну врсту поклона за случај смрти, код кога је располагање неопозиво, сматрајући да је оставилац који је имао потомке посредством афатомије могао само да измени висину њихових наследних делова, али не и да одреди друге наследнике уместо њих.[27] Друга група аутора, попут Ешбаха (*Eschbach*) и Бонеа (*Bonnet*) ју је дефинисала као двострани правни посао и корен модерног уговора о наслеђивању.[28] Петер (*Péter*) такође аргументује у прилог тог схватања, наводећи као битну особину афатомије и код Салијских и код Рипуарских Франака њену неопозивост, али и правна дејства по којима се она веома приближавала уговорном одређивању наследника, што су елементи правне природе и других сродних установа код германских народа тог времена.[29] Бастаић и Кризман су је определили као институт који је у себи садржао елементе уговора о наслеђивању и уговора о доживотном издржавању, односно према њиховом мишљењу реч је о „својеврсном уговору према којем је оставитељ за живота своју имовину преносио на одабраног насљедника, који је примао обвезу да уздржава оставитеља."[30] Обавеза посредника да у оставиочевој кући госте послужи кашом и тако симболички да до знања да ће се

[26] P. C. Timbal, 152.

[27] Oliver B. Antić, *Sloboda zaveštanja i nužni deo doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu*, Beograd 1983, 42. Као поклон за случај смрти на целој заоставштини афатомију дефинишу и Пелтије и Буске. Frédéric Peltier, G. H. Bousquet, 72.

[28] M. Péter, 18.

[29] M. Péter, 18 19.

[30] Konstantin Bastaić, Bogdan Krizman, *Opća historija države i prava I pregled razvitka*, Zagreb 1977, 90. Пример уговора у коме један старији човек усваја младића и одмах преноси на њега своја добра под условом да га овај издржава до краја живота (*traditio respectuali*) наводи се и у литератури на француском језику. F. Peltier, G. H. Bousquet, 72 73.

он надаље старати о њему, заиста иде у прилог оваквог схватања. Најзад, Халбик (*Hallebeek*) је афатомију подвео под уговоре у корист трећег лица, где се целокупна имовина једног лица преносила на посредника, који је попут трастија био обавезан да је пренесе на треће лице, односно на корисника, у складу са жељом „поклонодавца“.[31]

Према другом схватању, афатомија је представљала врсту усвојења. Лефебр (*Lefebvre*) је окарактерисао као „мешавину усвојења и тестаментарног даривања“, односно специфичан институт изникао из германске традиције којим су Германи који нису имали мушког потомства мењали два римска института: усвојење и тестамент.[32] Овакво резоновање старијих аутора, међу које су се сврстали и Лоријер (*Laurière*) или Мерлин (*Merlin*), Петер (*Péter*) покушао је да објасни чињеницом да су се олако повели синтагмом *adoptare in haereditatem* којом је у Рипуарском законику била описивана ова установа.[33] Међутим, ово гледиште није напуштено ни у савременој науци. Аутори као што су Сантинели (*Santinelli*), Лет (*Lett*), Шомилије (*Chomilier*) или Аврамовић такође истичу да афатомија подсећа на тестаментарну адопцију римског права. Истина, полазећи од ове почетне премисе поменути аутори се разликују, јер Сантинели истовремено наводи да је реч о уговорном одређивању наследника, Лет да је реч о правном послу међу живима који је омогућавао једном лицу да на друго пренесе целокупну своју имовину или неки њен део, док Шомилије опредељује њену правну природу као „неопозиви тестамент“.[34] Ипак, Шомилије и поред тога не одустаје од идеје да се код афатомије превасходно ради о усвојењу. Усвојилац је, истиче он, неопозиво преносио одређена добра под власт усвојеника који је требало да га наследи, при чему је оставилац (поклонодавац) задржавао на тим добрима право доживотног плодоуживања, док је наследник (поклонопримац) стицао право да њима располаже тек тренутком оставиочеве (поклонодавчеве) смрти.[35] Гест бацања гранчице у крило лица на које се имовина преносила код Салијских Франака, али и облик афатомије Рипуарских Франака заиста дају основ за овакво тумачење.

О афатомији код Франака остала су забележена и два примера из далеке историје. Они с једне стране сведоче да је она примењивана ако не искључиво, а оно углавном између припадника племства, а с

[31] Jan Hallebeek, Contracts for a third party beneficiary: A brief sketch from the Corpus iuris to present day civil law, *Fundamina: A Journal of Legal History 13/2007*, 14.

[32] C. Lefebvre, 156.

[33] M. Péter, 17.

[34] E. Santinelli, 10; Didier Lett, Droits et pratiques de l’adoption au moyen âge, *Médiévales 35/1998*, 6; J. Chomilier, 30; С. Аврамовић, В. Станимировић, 207.

[35] J. Chomilier, 30.

друге, даје за право оним научницима који сматрају да се ова германска установа понајпре може изједначити са усвојењем. Краљ Гонтран је имао само ћерку, па је усвојио свог нећака Шилдеберта да би га поставио за свог наследника, предајући му симболично том приликом копље. Цела ова *adoptio in hereditatem* била је учињена у облику једног свечаног јавног акта, а иако је краљ Гонтран након тога имао неколико сукоба са Шилдебертом и његовом мајком Бринотом, никада није ни помислио да је опозове.[36] У другом случају, Теодорик, краљ Острогота, је на исти начин и уз исте формалности одредио за свог наследника краља Одоакара.[37]

Ако се пажљивије анализирају схватања о правној природи афатомије која смо предочили, може да се извуче закључак да један број аутора покушава да објасни овај институт франачког права комбинујући различите правне институте који су нама данас познати. На пример Тимбал и Шомилије имају „гранична схватања“, јер и један и други у афатомији виде и елементе доброчиног уговора (поклона) и елементе усвојења, с том разликом што први аутор даје приоритет уговору о поклону као доминантнијем елементу у одређивању наследноправне сукцесије код Германа, док други сматра значајнијим адопцију.

Према трећем схватању, афатомија подсећа на римски тестамент *mancipatio familiae*. На први поглед би то можда могло да се објасни чињеницом да су Франци на освојеним територијама затекли романизоване Гале и Римљане који су у односу на њих имали далеко већи степен културне и правничке еманципације и којима је био стран родовско-племенски начин живота Франака, те да је убрзо дошло до „процеса романизације варвара и варваризације романског становништва“.[38] У том смислу се у правној књижевности наилази на мишљење да су Германи, којима је испрва био непознат тестамент, тек под правним, политичким и културним утицајем Римљана почели да усвајају принцип да је могуће својом слободном и једностраном изјавом воље располагати имовином за случај смрти.[39] И заиста, упркос чињеници да је од свих варварских законика римско право најслабији утицај остварило управо на Салијски законик, сличност афатомије са завештањем *mancipatio familiae* је више него очигледна.[40] Ипак, не треба заборавити да се *mancipatio*

[36] C. Lefebvre, 156, фн. 1.

[37] E. Glasson, 42.

[38] Љубица Кандић, Салијски закон и друштвени односи у Франачкој у доба Меровинга, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1969, 53.

[39] P. Balestra, 11.

[40] Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2013, 203 204; S. Šarkić, D. Popović, 52; O. F. Robinson, T. D. Fergus, W. M.

familiae појављивала у најстаријем римском праву које је увелико било заборављено у време настанка германских законика и да је престала да се примењује много пре настанка афатомије.

Доминантно мишљење у највећем делу и српске и стране литературе је да римско право није допуштало ни позитивне ни негативне уговоре о наслеђивању (или макар да је то био случај до Јустинијанових реформи), независно од тога да ли су се односили на заоставштину уговорника или трећег лица.[41] Разлози забране састојали су се у томе што се њима ограничавала слобода завештања и што је њихов предмет сматран супротним добрим обичајима (*adversus bonos mores*), јер се односио на смрт лица чија је заоставштина предмет уговора. То је по општем мишљењу подразумевало жељу наследника да декујус, који је себе већ обавезао уговором, што пре нестане (*votum mortis captandae*), односно постојао је страх да би уговорни наследник могао да убрза смрт уговорног оставиоца.[42] Уосталом и сам Гај у параграфу 99 друге књиге својих Институција вели: „Да најпре размотримо о наслеђивању које може бити двојако: наслеђујемо или по тестаменту или на основу закона."[43]

Међутим, ако се пажљиво анализирају форма и правна природа римског завештања *mancipatio familiae*, могу се извући интересантни закључци. Оставилац је манципацијом фиктивно продавао своју целокупну имовину (*mancipatio familiae*) неком лицу у које је имао поверење, најчешће пријатељу (*familiae emptor*), који се обавезивао да ће по декујусовој смрти пренети ту имовину на неко треће лице које иначе не би наследило по закону или на лица које је одредио оставилац, најчешће на његовог сина.[44] *Familiae emptor* је тако

Gordon, *An introduction to European legal history*, Glasgow 1985, 12; M. Ganser, 13.

41 Драгољуб Аранђеловић, *Предавања из Римског права*, Београд 1938, 302, 307; Обрад Станојевић, *Римско право*, Београд 2002, 231; Dragomir Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Beograd 1981, 163; Душан М. Пешуновић, Уговорно наслеђе по на шем праву, *Архив за правне и друштвене науке 1/1923*, 5; Ivo Puhan, *Rimsko pravo*, Beograd 1977, 371; Lav Dujmov, Ugovor kao pravni osnov za nasljeđivanje, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, VI 1968*, 104; M. Péter, 14.

42 Henri Mazeaud, Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, *Leçons de Droit civil tome quatrième, Régimes matrimoniaux, Successions, Libéralités*, Paris 1963, 554; Gabriel Lepointe, *Droit romain et ancien droit français Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, Paris 1958, 469; M. G. Lepointe, *Les successions dans l'ancien droit*, Paris 1936, 249; Michel Grimaldi, *Droit civil Successions*, Paris 2001, 337; Dale Hutchinson, Succession Agreements in South African and Scots Law, *Exploring the Law of Succession, Studies National, Historical and Comparative*, (ed. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal, Reinhard Zimmermann), Edinburgh University Press, Edinburgh 2007, 227; Mile Boras, Lujo Margetić, *Rimsko pravo*, Rijeka 1998, 173.

43 Gai Institutiones Гај: *Институције*, превео Обрад Станојевић, Београд 2009, 129.

44 D. Stojčević, 170; O. Станојевић, 240; I. Puhan, 378; Žika Bujuklić, *Forum Romanum Rimska država, pravo, religija i mitovi*, Beograd 2009, 716. Борас и

на основу манципације у прво време развитка ове форме тестамента постајао прави власник и наследник на завештаочевој имовини, а лица којима је завешталац одредио да он распореди заоставштину су своја права изводила непосредно од њега а не од завештаоца, што је неке ауторе навело на закључак да је овај тестамент служио само сингуларној а не и универзалној сукцесији.[45] Као што се види, сличност у сачињавању завештања *mancipatio familiae* и франачке афатомије је упечатљива. Она чак иде дотле да ни *familiae emptor* ни посредник код афатомије, нису смели да буду лица с којима је оставилац у сродству.[46]

Анализирајући правну природу овог римског тестамента, Бујуклић ће на основу чињеница да наследник не извлачи своје субјективно наследно право непосредно од оставиоца, већ на основу правног посла са *familiae emptor*-ом у кумулацији с одржајем у трајању од годину дана (*usucapio pro herede*), извући закључак да је овде реч о правном послу међу живима, те на основу аргумента да овај правни посао није садржао именовање наследника као кључни елемент који је свако завештање морало да садржи, закључити да *mancipatio familiae* „и мада формално није тестамент, он је практично остваривао исту сврху."[47] Мишљење да је тестамент *mancipatio familiae* заправио био двострани правни посао *inter vivos*, а не завештање, односно да је слобода тестирања заправо настала из слободе уговарања, изнео је читав низ аутора: Ајзнер и Хорват,[48] Антић,[49] Стојчевић,[50] Аранђеловић,[51] Ламбер (*Lambert*),[52] али се чини

Маргетић наглашавају да је реч о преносу целокупне завештаочеве имовине, како постојеће, тако и будуће на *familiae emptor a*. M. Boras, L. Margetić, 179. Ово због неодређености предмета правног посла може да буде одлика само правних послова за случај смрти.

45 Bertold Eisner, Marijan Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb 1948, 480.

46 Мирослав Милошевић, *Римско право*, Београд 2012, 418, фн. 158; С. Аврамовић, В. Станимировић, 207; S. Šarkić, D. Popović, 54; С. Шаркић, 134.

47 Ž. Bujuklić, 717. Слично: М. Милошевић, 417 418.

48 „Манципациона опорука iuris civilis имала је облик *двостраног правног по сла, тј. уговора* (курзив М. С.)", B. Eisner, M. Horvat, 480 481; M. Boras, L. Margetić, 482.

49 „Из овог облика завештања види се да нема јасне границе између слободе уговарања и слободе тестирања. То је период ране младости слободе тестирања где се она тражећи пут своме развитку ослања на установу од које је и потекла". O. B. Antić (1983), 38.

50 D. Stojčević, 170.

51 Д. Аранђеловић, 309.

52 E. Lambert, Introduction, La function du droit civil compare, Paris 1903, на ведено према: Sima Avramović, *Evolucija slobode testiranja u antičkom grčkom pravu* doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd 1981, 12.

да је нарочито експлицитан био Силајџић. Он наводи: „*Mancipatio familiae* је карактеристичнија од извршења тестамента. У општој еволуцији насљедног права овај се развитак јавља у фази уговорног насљеђивања, која се изједначује с правним пословима међу живима... *Mancipatio familiae* игра важну улогу у еволуцији прописа тестамента. То је институција која је омогућила да се избјегне неопозљивост примитивног уговора о насљедству.“[53]

Ипак, непобитна је чињеница да су тестамент *mancipatio familiae* и тестамент *per aes et libram* почели да излазе из употребе у Риму још почетком трећег века, те да је мало вероватно да је романско и романизовано становништво пренело елементе њихове форме на Франке пет векова касније. Како онда објаснити оволику сличност између правних послова за случај смрти којима су се служили и Римљани и Германи на почетку своје правне еманципације?[54] Оно наводи на закључак да је у многим друштвима формално двострано располагање *mortis causa* претходило једностраном. Такво објашњење суштински даје и Вајс када упоређујући различите старе кодексе и институте у њима каже да је „очевидно да каткада имамо упадљиве сличности и тамо, где су узајамни утицаји скоро невероватни или потпуно искључени. У таквим случајевима је једини могући одговор онај о сличностима друштвених услова. Када познати текстови коначно буду очишћени од интерполација, фалсификата и анахронизама, сличности ће бити још убедљивије и разумљивије“.[55] „... Различити правни инструменти су проширивали обим слободе уговарања утирући пут настанка нове установе – слободе тестирања. Правни системи древних цивилизација нису никада дошли до тога да једно лице, својом сопственом вољом, може себи одредити наследника“.[56]

Међутим, чини се да је на основу претходно изнетих констатација нужно поставити још једно питање: ако се афатомији од стране великог броја аутора даје уговорна правна природа, а истовремено је очигледна њена сличност са римским тестаментом *mancipatio familiae*, да ли се поменути облик завештања римског права, а не афатомија може сматрати истинским кореном уговора о наслеђивању? Поједини француски аутори негативан одговор на постављено питање образлажу на следећи начин. Прво, полазећи од тога да германска права нису познавала тестамент, они су правне

---

[53] Alija Silajdžić, *Testamenat u šeriatskom pravu*, Sarajevo 1941, 109 110.

[54] Adrian Schmidt Recla, *Mancipatio familiae und Affatomie, Überlegungen zu Parallelentwicklungen im römischen und fränkischen Recht und zu Rezeptionsbedingungen im Frühmittelalter*, Leges Gentes Regna. Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohn heiten und lateinischer Schriftkultur, Mainz 2006, 461 486.

[55] Алберт Вајс, Неке карактеристике старих кодекса, *Анали Правног факул тета у Београду,* 2/1969, 151.

[56] O. B. Antić (1983), 33.

послове старих Германа којима су уређивали правну судбину своје заоставштине сматрали неопозивим правним пословима међу живима, чак и ако нису имали за последицу пренос ствари са онога ко је њима располагао у корист неког другог лица тренутком закључења уговора.[57] Из тога су извели закључак да афатомију од римског завештања суштински разликују две особине: прво, то што је производила правна дејства и пре делације и друго, што је за разлику од тестамента била неопозива.[58] Међутим, ако ове критеријуме доведемо у везу са манципационим тестаментом који јесте био правни посао *inter vivos*, видећемо да се разлика у великој мери смањује. Она се исцрпљује у могућности да завешталац и *familiae emptor* закључе нови правни посао у форми манципације, којим би *familiae emptor,* који је на основу тестамента *mancipatio familiae* постао фидуцијарни власник, врати оставиоцу добра над којима је стекао право својине.

Најзад, како је то обично случај, палета различитих теорија којима се објашњава правна природа једног института не би била потпуна без једне компромисне, „мешовите" теорије. Тако су Хас (*Hasse*) и Беслер (*Besseler*) сматрали да афатомија ни у ком случају не може да буде квалификована као уговор, јер су предузете формалности део франачке традиције, али да не може да буде ни тестамент, јер германски народи нису познавали овај правни посао. Из тог разлога је по њиховом мишљењу афатомија институт *sui generis*, ни тестамент, ни уговор о наслеђивању.[59]

4. ЗАКЉУЧАК

Афатомија је у Салијском и у Рипуарском законику представљала двострани правни посао који је имао за циљ да измени круг законом одређених наследника, макар утолико што се могао предузети само у одсуству биолошког потомства. Међутим, скоро да на овој тачки престају све даље сличности. Форма за предузимање афатомије је код Рипуарских Франака била много једноставнија, а по свему судећи, њоме су за разлику од Салијских Франака могли да се користе и супружници, одређујући једно друго за наследнике. Правна природа афатомије Салијских Франака је најсличнија тестаменту *mancipatio familiae* римског права (што не значи да је из њега и проистекла), док је њен облик у Рипуарском законику много ближи тестаментарном усвојењу. Код Рипуарских Франака је овај правни посао изгледа дефинитивно производио правна дејства тек тренут-

57 P. C. Timbal, 153; C. Lefebvre, 156; M. G. Lepointe (1936), 66.

58 E. Santinelli, 11; C. Lefebvre, 19, фн. 1.

59 M. Péter, 18.

ком смрти преносиоца, док су његова правна дејства у Салијском законику наступала *inter vivos*.

Савремени аутори се труде да правну природу правних послова из раног развоја људске и правне цивилизације определе кроз модерне институте који представљају завршетак њиховог еволутивног пута. Узети за основу уговор о наслеђивању немачког или швајцарског права или поклон будућих ствари француског права, па их потом упоређивати с афатомијом и тинксом представља анахронизам. То је уочљиво и по томе што се правна природа ових древних германских института не може сагледавати једнострано, већ увек кроз комбинацију оних института које ми данас познајемо као усвојење, поклон или мешовити поклон уз задржавање различитих модалитета за преносиоца, односно оставиоца (најчешће плодоуживање). У том смислу, ако уговор о наслеђивању тражимо у средњем веку подразумевајући под њим уговор којим једно лице одређује друго за свог универзалног или сингуларног сукцесора у савременом смислу, свакако га нећемо пронаћи. Међутим, ако под овим институтом подразумевамо двострани правни посао који за предмет има будућу заоставштину или неко тачно одређено право или ствар из заоставштине, који за циљ има вољну промену законом и обичајима утврђеног круга наследника, који је делимично производио правна дејства међу живима, а делом за случај смрти и који се од завештања разликује по својој неопозивости, његове клице ћемо наћи већ код Франака и Лангобарда, а прве, јасније обрисе у XIII веку.[60]

Ако се пође од ове почетне премисе, имајући при том на уму да су различити народи у различитим историјским епохама достизали одређени ниво културне, економске и правне еманципације, онда је могуће извући још један закључак. Он се састоји у томе да је располагање за случај смрти које је подразумевало некакав вид сагласности онога у чију се корист располагало (оно што бисмо данас назвали двостраним правним послом), увек претходило завештању као једностраном правном послу. А то даље значи да се и афатомија и тинкс, али и *Morgengabe*, могу сматрати коренима уговорног наслеђивања у германским правима. Али, ако пратимо развој једне идеје апстрахујући неминовне међусобне разлике, као корени уговорног наслеђивања једнако се могу посматрати вавилонски нудуну, исламски васијет, поклон за случај смрти (од вавилонског, преко спартанског и римског права, па до Саксонског огледала), *Vergabungen* Швапског огледала, а нарочито римски тестамент *mancipatio familiae*.

---

60 M. Péter, 34; P. Balestra, 15.

Miloš Stanković, LLM

Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

LEGAL NATURE OF AFFATOMIA

Summary

In Salian and Ripuarian Code affatomia represented a bilateral legal transaction that was aimed at changing of the scoped of heirs determined by the customs, at least insofar being applied in the absence of biological descendants only. However, almost all further similarities in the field cease at this point. The form for using affatomia with Ripuarian Franks was much simpler than the one with the Salian Franks. Unlike the Salian Franks, affatomia could by all odds be used by Ripuarian Franks spouses in determining each other for a heir. Legal nature of the Salian Franks affatomia is most similar to the *mancipatio familiae* type of will in the Roman law (which does not mean it emerged from this law), while its form in the Ripuarian Code is much closer to testamentary adoption. As with Ripuarian Franks, affatomia seems to have definitely produced legal effects only after the death of the disposant, while its legal effects with the Salian Code performed *inter vivos*.

Contemporary authors are trying to designate the legal nature of legal affairs from the early development of human and legal civilization through modern institutes that represent the completion of their evolutionary path. Taking the inheritance contract of the German or Swiss law, or the future assets donation of the French law, for example, and then comparing them to affatomia and thinx is an anachronism. This is evident by the fact that the legal nature of these ancient Germanic institutes can not be viewed unilaterally, but always through a combination of those institutes which we know today as adoption, gift or mixed donation with retention of different modalities for the transferor or the testator (usually usufruct). In this sense, if we are looking for a inheritance agreement in the Middle Ages, the contract in which a person determines other person for his/her universal or singular successor in the modern sense, we will certainly not find one. However, if within this institute we see bilateral legal transaction whose subject is the future legacy or exactly specified legal issue from legacy, which aims to voluntarily change the law and customs of the established circuit of heirs, who partially performed legal effects among the living, and partly in case of death, the one that differs from the legacy through its irreversibility, we will then find its roots with

the Franks and the Langobards, while its first clear shapes and forms we will find as early as XIII century.[61]

If we start from this initial premise, bearing in mind that different nations in different historical epochs attained a certain level of cultural, economic and legal emancipation, it is possible to draw another conclusion. It is the fact that disposal of assets in case of death, which meant some form of approval of the one in whose favour assets were disposed (what we would call today a bilateral legal transaction), has always preceded legacy as a unilateral legal transaction. Further on, it means that affatomia and thinx, as well as *Morgengabe*, can be considered roots in Germanic contractual inheritance law. But if we follow the development of an idea, abstracting the inevitable differences, Babylonian nudunu, Islamic vassijet, donatio mortis causa (from Babylon, through the Spartan and Roman law, to the Mirror of the Saxons), *Vergabungen* of the Schwabenspiegel, especially the Roman *mancipatio familiae* last will, can all equally be regarded as the roots of the contractual inheritance.

Key words: *Affatomia. – Mancipatio familiae last will.– Germanic law.– Inheritance agreement.*

61 M. Péter, 34; P. Balestra, 15.

УДК 343.23

CERIF: S149

Мр Иван Ђокић[*]

О ДОБРОВОЉНОСТИ ОДУСТАНКА ОД ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Законодавац предвиђа могућност ослобођења од казне за учиниоца који у фази покушаја добровољно одустане од довршења кривичног дела. Иако за обе форме одустанка (у фази недовршеног и довршеног покушаја) важе различите објективне претпоставке, основни субјективни услов је на исти начин одређен као добровољност одустанка. У нашој ранијој литератури и судској пракси овај услов је доста строго обојен психолошким садржајем и негиран увек када учинилац одлуку о одустанку није формирао искључиво на основу унутрашњих мотива. Осим психолошких теорија, у немачкој доктрини развијен је и нормативни појам добровољности, који ову субјективну претпоставку процењује полазећи од вредновања мотива за одустанак. Упркос томе што је Кривични законик прецизније него наше пређашње законодавство обликовао правну фигуру добровољног одустанка, и даље остаје недовољно разјашњено основно питање – када се одустанак може сматрати добровољним. У раду се разматрају основни теоријски ставови посвећени овој проблематици и предлаже један еластичнији практични приступ.

Кључне речи: *Одустанак. – Добровољност. – Психолошке теорије. – Нормативне теорије. – Апсолутне и релативне сметње.*

1. УВОД

Кривично дело може остати недовршено и вољом самог учиниоца. Док код покушаја биће кривичног дела није у потпуности остварено независно од субјективне усмерености учиниоца, централна је карактеристика института добровољног одустанка да се учинилац повлачи, упркос могућности да и у случају промењених околности

[*] Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *djokic@ius.bg.ac.rs*

без већих потешкоћа оствари своју одлуку, и дело добровољно задржава у фази покушаја. За добровољни одустанак од извршења кривичног дела[1] Кривични законик[2] предвиђа могућност ослобођења од казне. Ипак, неће сваки вољни одустанак од криминалне активности представљати основ за могуће привилеговање учиниоца. Само одустанак који је добровољан утире пут учиниоцу за повратак на терен права. Услов добровољности је централни нормативни захтев правне фигуре добровољног одустанка. Док је појам одустанка у КЗ јасно означен као прекид даљег предузимања радње извршења (у ситуацији недовршеног покушаја) или спречавање наступања последице (у позицији довршеног покушаја), значење појма добровољности у КЗ није позитивно одређено, али је (за разлику од нашег ранијег кривичног законодавства) полазиште за његово прецизирање садржано у чл. 32, ст. 2 КЗ. Овај услов представља најчешће дискутовану тему и питање око кога се плету најшире расправе у кривичноправној литератури у материји добровољног одустанка. И као у већини случајева који кривичноправну догматику стављају пред изазов предлагања прихватљивог објашњења, ни у овом подручју не постоји јединствен став о томе када и под којим условима одустанак треба сматрати добровољним.

2. РАЗЛИЧИТА СХВАТАЊА ПОЈМА ДОБРОВОЉНОСТИ У НАУЦИ КРИВИЧНОГ ПРАВА

У нашој ранијој литератури доминира рестриктиван појам добровољности. Према овом схватању одустанак од извршења кривичног дела је добровољан ако је резултат искључиво унутрашњих мотива и слободне воље учиниоца. Било каква, пре свега спољна сметња, негира добровољност.[3] То је учење у складу са класич-

[1] У нашој литератури се, што је последица прихватања немачке терми нологије (*Rücktritt vom Versuch*), говори о одустанку од покушаја кривичног дела (вид. Јанко Таховић, *Кривично право. Општи део*, Београд 1961, 252), иако је суш тински исправније говорити о одустанку од довршења кривичног дела. Учинилац који добровољно одустаје увек се налази у фази покушаја, тако да његовим поврат ком на терен права покушај не бива негиран учинилац одустаје од своје првобитне негативно обојене усмерености ка довршењу дела.

[2] Кривични законик КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 и 108/14.

[3] Вид. Никола Срзентић, Александар Стајић, Љубиша Лазаревић, *Кривично право. Општи део*, Београд 2000, 162. У том смислу и пресуда Врховног суда Србије Кж. 1160/99 од 5. јула 2001. у којој се констатује да добровољност постоји само уко лико је учинилац одлуку о одустанку донео сам, под утицајем унутрашњих мотива, а не под утицајем спољних околности, односно да било која спољна околност која искључује несметано довршење дела негира и добровољност. Вид. Илија Симић,

ним приступом старије немачке науке кривичног права.[4] Тако, већ Лист (*Liszt*) сматра да „одустанак не сме бити заснован на спољним приликама већ на слободној одлуци виновника“.[5] У истом смислу и Живановић тврди: „Одустанак је драговољан, кад се је извршилац слободно одлучио на одустанак, а не под утицајем спољних околности“.[6] „Сматра се да је одлука учиниоца слободна кад је донета без икаквог утицаја споља, кад је учинилац донео одлуку због својих унутрашњих побуда које код њега нису биле подстакнуте каквим непосредним спољним догађајем. Тачније речено, добровољни одустанак постоји кад учинилац ради слободно, а не нужно“.[7] То је схватање преуско[8] и представља израз психолошких теорија добровољности. У свом чистом виду, када се негира добровољност у

Збирка судских одлука из кривичноправне материје. Четврта књига, Београд 2002, 17 18.

4 За утврђивање добровољности раније се најчешће користила тзв. Фран кова формула. Према овој формули одустанак је добровољан само ако је заснован на аутономном мотиву, тј. када учинилац себи каже: *нећу довршити дело, иако бих могао*, док је у свим другим случајевима одустанак недобровољан, тј. учинилац полази од следећег: *не могу да довршим дело, иако бих хтео*. Albin Eser, u: Adolf Schönke, Horst Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2001, 437; Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, 618; Johannes Wessels, Werner Beulke, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg 2011, 253. Ова формула данас углавном није у употреби, јер у случају недобровољног одустанка учинилац полази од тога да дело не може да изврши, па самим тим није ни могуће од довршења дела одустати. Учи нилац је у извршењу кривичног дела спречен. Немачка кривичноправна литература овакве случајеве сматра тзв. промашеним (неуспешним) покушајем (*fehlgeschlagener Versuch*) који од самог старта искључује могућност (добровољног) одустанка. Urs Kindhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden Baden 2011, 262. Ова формула је и пре широка, јер иако у појединим случајевима постоји могућност довршења дела, учини лац практично нема други избор осим да се повуче, тако да не поступа добровољно. Вид. A. Eser, 437. Осим тога, Франкова формула је предмет критике и због тога што не нуди целовито решење, јер се пре свега односи на ситуацију недовршe ног покушаја. У позицији довршеног покушаја, уколико се полазиште пронађе у субјективним теоријама покушаја, учинилац себи не поставља то питање. Ако је учинилац предузео све што је према његовом плану неопходно за довршење дела, онда се ту више не може говорити о околностима које онемогућавају остварење дела. Вид. Владо Камбовски, „Субјективна страна одустанка од извршења кривич ног дела. Појам добровољности“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, Београд 2/1975, 248 249.

5 Франц вон Лист, *Немачко кривично право*, превод: Миленко Веснић, Бео град 1902, 237.

6 Тома Живановић, *Основи Кривичног права. Општи део*, Београд 1922, 276.

7 Моша Пијаде (редактор), *Коментар Општег дела Кривичног законика*, Београд 1948, 90.

8 Чињеница је да „у пракси до одустанка најчешће долази због тога што је мотив за одустајање створен и изазван неком спољном околношћу за коју учини лац сазнаје тек у току извршења кривичног дела“. Зоран Стојановић, „Одустанак

случају било каквих спољних препрека за извршење кривичног дела, ова концепција битно ограничава примену института добровољног одустанка. Претпоставку добровољности ова теоријска оријентација види у свести учиниоца о могућности довршења кривичног дела, а основ у слободној вољи учиниоца, која се исцрпљује у могућности избора између прекидања извршења и довршења кривичног дела.[9] Психолошко одређење добровољности овај услов препознаје само у случају када учинилац одлучује да прекине кажњиво понашање без утицаја некакве околности која би вршила притисак на његову психу. Одустанак би стога био недобровољан када околности случаја на учиниоца врше такав душевни притисак да њему ништа друго не преостаје, него да одустане.[10] Другим речима, „последица овог класичног става је елиминисање добровољности у свим случајевима када свест о могућности довршења бива блокирана свешћу о постојању стварних или замишљених препрека за довршење дела".[11] Иако ово схватање омогућује релативно једноставно утврђивање добровољности, оно практично не даје задовољавајуће резултате, јер доводи до слабије примене института добровољног одустанка, с обзиром на то да су ретке прилике у којима учинилац при неизмењеним спољним околностима и потпуно независно од спољних утицаја доноси одлуку да се врати на терен права. Због тога је психолошко учење добило нову, ублажену варијанту, према којој добровољност не потире аутоматски свака спољна препрека, већ само она која знатно отежава довршење дела. Овај вид психолошке теорије налаже да се у сваком конкретном случају процени степен спречавајућег утицаја с једне и свести и воље да се одустане с друге стране, те предност дати преовлађујућем елементу.[12] У том смеру се креће став немачке судске праксе, која добровољност одређује на основу психолошког критеријума: учинилац добровољно одустаје од дела када је и поред одређених препрека још увек *господар својих одлука* (*Herr seiner Entschlüsse*), док добровољности нема када постоји неки основ због кога учинилац неизбежно мора дићи руке од свог подухвата.[13] Осим психолошких, постоје у немачкој литератури нарочито заступљене нормативне теорије добровољности. Према овим теоријама, које се појављују у бројним варијантама, питање добровољности не зависи од психичког стања учиниоца, већ од вредносног суда о његовом

од извршења кривичног дела и питање добровољности", *Правни живот*, Београд 1/1978, 24.

9 Ивана Симовић Хибер, *Добровољни одустанак у кривичном праву*, доктор ска дисертација, Београд 1987, 334.

10 C. Roxin (2003), 591.

11 И. Симовић Хибер, 336.

12 *Ibid*, 340.

13 U. Kindhäuser, 261; Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 2011, 219.

понашању и процене мотива за одустанак. Одустанак је добровољан само онда када се појављује као израз учиниочевог промењеног става и његовог унутрашњег дистанцирања од дела,[14] због чега се такав преокрет показује као повратак на терен законитог понашања (повратак у легалност).[15] Ово схватање у ствари полази од нормативне оцене учиниочевог понашања из угла кривичноправног дејства института добровољног одустанка, тј. процене да ли учинилац због свог става да се при постојећим околностима повуче заслужује предвиђену привилегију некажњивости.[16] У том смислу, добровољним се сматра онај одустанак који заслужује законску привилегију.[17] „Ова заслуженост се процењује тако што се полази од мотива одустанка, али се, за разлику од психолошке теорије, процена не врши преко мерења њиховог притиска на одлуку, већ садржински, одређивањем квалитета мотива за одустанак".[18]

Настојања кривичноправне мисли да се појам добровољности ближе одреди обележен је сучељавањем ових различитих концепција, иако се резултати до којих воде обе теорије не разилазе у чистим, неспорним примерима. С једне стране, несумњиво је потврђена добровољност уколико учинилац при непромењеним (спољним) околностима (или њиховој промени у његову корист) услед унутрашњег моралног преокрета одустаје од довршења кривичног дела, независно од тога да ли је критеријум слобода његовог одлучивања или заслуженост привилеговања кроз искључење кажњивости због позитивно вреднованог мотива за повратак на тло права. С друге стране, препрека која представља несавладиву сметњу за довршење криминалног плана (апсолутна сметња) искључује одустанак, па се самим тим не може говорити ни о добровољности.[19] Обе концепције воде истом резултату и у случајевима од великог практичног значаја, тј. онда када је ризик остварења дела веома висок. На пример, учинилац одустаје због тога што примећује да остварење дела неко посматра, те у случају довршења дела може да рачуна са сигурним и скорим хапшењем. Психолошка теорија негира добровољност тако што тврди да се учинилац нашао у једној психолошки принудној ситуацији и

[14] *Ibid*, 220.

[15] Helmut Fuchs, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat*, Wien New York 2002, 254; C. Roxin (2003), 591.

[16] Günter Stratenwerth, Lothar Kuhlen, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, München 2011, 215.

[17] То је схватање у југословенској литератури заступао Камбовски. Према мишљењу овог аутора, појам добровољности је нормативни појам, тј. апостериоран суд о томе да ли понашање учиниоца који одустаје од извршења кривичног дела до води до отпадања циљева казне. В. Камбовски, 258.

[18] И. Симовић Хибер, 343.

[19] Вид. В. Камбовски, 257 258.

практично нема други избор, осим да се повуче пре довршења дела. Нормативне теорије такође одбијају потврду добровољности зато што се одустанак не заснива на покретању унутрашњег механизма који доводи до моралног преокрета и потирања криминалне воље, већ се учинилац само прилагођава деликтној ситуацији, због чега не заслужује привилеговање кроз некажњавање.[20] Практични значај супротних мишљења постоји пре свега у оним констелацијама у којима долази до различитих резултата.[21]

У савременој немачкој литератури питање добровољности се углавном решава на основу појмовног разликовања аутономних и хетерономних мотива. Добровољан је одустанак који је резултат аутономије одлучивања учиниоца, тј. који није подстакнут неким несавладивим препрекама.[22] Одлука је аутономна када представља израз самоопредељења учиниоца,[23] тј. аутономни су они мотиви који покрећу учиниоца да одустане од криминалне активности иако је свестан да дело може довршити без значајно повећаног ризика. При томе није неопходно да мотив одустанка буде искључиво унутрашње природе, пошто и спољне околности које представљају сметњу довршењу дела не искључују увек добровољност одустанка.[24] Када повод за одустанак долази пре свега споља (нпр. наговарање од стране пасивног субјекта) одлучујуће је само да упркос том упливу учинилац и даље остаје у позицији *господара своје одлуке*, у смислу да у остварењу дела не буде спречен.[25] Напротив, одустанак није добровољан када проследи из неких хетерономних основа, тј. препрека које су независне од воље учиниоца и које су или несавладиве или су такве да стање ствари битно мењају на његову штету.[26] Извршилац такве сметње није укључио у свој план, тј. он на њих није рачунао, а сматра их неприхватљивим због повећаног ризика коме га излажу.[27] Хетерономна је дакле одлука на коју је учинилац приморан околностима на које нема утицај, тако да могуће довршење дела с обзиром на с њим повезане потешкоће учиниоцу једноставно не изгледа разумно.[28] Учинилац који прекине даље предузимање радње

20 C. Roxin (2003), 591.

21 Вид. *ibid*, 591 594.

22 Georg Freund, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Berlin Heidelberg 2009, 358; J. Wessels, W. Beulke, 253.

23 U. Kindhäuser, 262.

24 Kristian Kühl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2008, 493 494; H. Fuchs, 254.

25 J. Wessels, W. Beulke, 253.

26 A. Eser, 437.

27 J. Wessels, W. Beulke, 254; вид. G. Stratenwerth, L. Kuhlen, 215.

28 U. Kindhäuser, 262.

извршења (довршење дела) због високе цене коју би морао да плати за деликт, не заслужује за свој одустанак никакву награду.[29] У погледу овог субјективног елемента не сме се стога радити о ситуацији у којој је учинилац спречен да дело оствари, услед неких спољних препрека или унутрашњег притиска, због чега је онемогућен да слободно донесе одлуку.[30] При томе су за процену од значаја све околности појединог случаја.[31] Тако, неће сваки страх учиниоца да ће његово дело бити откривено уколико настави са даљим предузимањем радње извршења имати за последицу недобровољност одустанка. Ипак, услов добровољности неће бити испуњен када учинилац одустаје услед озбиљно повећане опасности од откривања.[32] Према томе, не одустаје добровољно од покушаја силовања учинилац кога, мимо његовог очекивања, пасивни субјект препознаје, због чега се он уплаши од готово извесног кривичног прогона.[33]

---

[29] G. Stratenwerth, L. Kuhlen, 216.

[30] K. Kühl, 494.

[31] J. Wessels, W. Beulke, 254. Критикујући психолошко одређивање појма добровољности, Роксин (*Roxin*) се одлучује за једну нормативну варијанту, која треба да буде путоказ у решавању овог сложеног питања када је реч о релатив ним сметњама за довршење дела. Тако, овај аутор сматра да уколико је учинилац примећен и поред тога што је свестан да би дело могао довршити али одустаје, јер је извесно да ће уследити кривична пријава и кажњавање, или када се насупрот првобитном очекивању покаже да неопходни издаци у труду, времену и сл. остају испод достижне користи, одустанак није добровољан. Учинилац у таквом случају не мења своју одлуку, већ се на разуман начин прилагођава промењеним околно стима. Његово понашање не представља повратак у легалност, већ учинилац чини оно што би и најупорнији учинилац предузео у датој ситуацији. Роксин ову про блематику конкретизује кроз учење о злочиначком расуђивању. Ово учење (*die Lehre von der Verbrechervernunft*) полази од расуђивања једног разумног учиниоца, који хладнокрвно процењује ризик и шансе остварења конкретног злочиначког плана. Учинилац који с обзиром на промењене околности које знатно повећавају ризик одустаје (нпр. због тога што је при покушају откривен), поступа у складу са пра вилима злочиначког заната на разуман начин, али се такво одустајање неће сматра ти добровољним. Одустанак ће бити добровољан једино ако се противи правилима злочиначког расуђивања. На пример, учинилац који одустаје од довршења дела без конкретног повода услед изненадног и јаког страха поступа неразумно у односу на мерила своје професије (јер се један типичан учинилац без основа не би уплашио). Стога је одустанак добровољан и правни поредак награђује одступање од норми разумног учиниоца. C. Roxin (2003), 599 600.

[32] U. Kindhäuser, 261.

[33] J. Wessels, W. Beulke, 254. У примеру из наше судске праксе закључено је да нема добровољног одустанка када окривљени одустане од радње извршења кривичног дела силовања, јер је оштећена викала, па се уплашио да ће је неко од комшија чути и доћи у његов стан. Александар Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје. Девета књига*, Београд 2013, 25.

3. ПОЈАМ ДОБРОВОЉНОСТИ У КЗ

КЗ, иако служећи се техником негативног дефинисања, решењем из чл. 32, ст. 2 пружа полазни основ за утврђивање појма добровољности. Према овој одредби правна фигура добровољног одустанка се неће применити уколико учинилац кривично дело није довршио због околности које онемогућавају или знатно отежавају извршење кривичног дела, или због тога што је сматрао да такве околности постоје. Осим што је истакнуто да добровољног одустанка нема у случају да нека околност представља несавладиву препреку за довршење дела због које се учинилац повлачи са свог криминалног пута, тзв. апсолутна спољна сметња,[34] што је потпуно неспорно у науци и пракси,[35] ова одредба полази од тога да тзв. релативне сметње могу имати различито дејство у односу на субјективну страну одустанка. Најпре, добровољност неће бити искључена у случају да су препреке лако савладиве и учиниоца у промени свог плана не излажу превеликом ризику, док супротно томе, овај услов није испуњен уколико је учиниочево даље настављање криминалним путем битно отежано. При томе је нормативно изражен и неспоран став да се утврђивање добровољности темељи на ставу учиниоца у погледу могућности довршења дела.[36] Учинилац који у погрешном уверењу сматра да дело не може да доврши, јер му се на том путу испречила околност коју мисли да не може да савлада или због које би морао да се изложи превеликом ризику, који није вољан да прихвати, не одустаје добровољно.[37] То другим речима значи да добровољност постоји само онда када учинилац сматра да дело може

---

[34] Могло би се тврдити да је, када је реч о околностима које онемогућавају извршење дела, искључен већ одустанак, тако да се до проблема добровољности уопште не долази, пошто је учинилац услед наиласка на неку несавладиву пре преку заправо спречен да дело доврши. Вид. Knut Amelung, „Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2/2008, 225 226. Наиме, учинилац може *одустати* само од оне радње коју би могао да настави или он у заблуди сматра да би је могао спро вести. Уколико учинилац услед непремостиве сметње извршење дела није могао остварити, или он то погрешно сматра, а није имао ни алтернативну радњу, његово повлачење се не може сматрати одустанком. Напротив, његов покушај је промашен и по правилу кажњив.

[35] „Када окривљени разбије стакло на излогу киоска па, видевши да се иза стакла налази заштитни лим који није имао чиме да пробије, одустане од даљег извршења кривичног дела, не ради се о добровољном одустанку, већ о кривичном делу тешке крађе у покушају“. И. Симић, 18.

[36] Вид. A. Eser, 437.

[37] Као што заблуда о стварној околности која представља битно обележје за конског бића потире умишљај, тј. делује у корист учиниоца, тако и погрешна свест о томе да дело није могуће довршити (или да је то битно теже) искључује одустанак (или добровољност), односно делује против учиниоца.

да доврши, чак иако незнатно одступи од очекиваног тока извршења. „Постоји добровољни одустанак кад је учинилац прекинуо извршење радње кривичног дела иако је могао до краја да је изведе“.[38] С обзиром на пресудну улогу субјективног става учиниоца, радиће се о добровољном одустанку и у случају да је објективно посматрано дело немогуће довршити, ако учинилац прекида криминалну активност а иначе држи да не мора да савлада никакве озбиљне препреке. „За добровољни одустанак је релевантно оно што је учинилац држао за стварно, а не оно што је објективно постојало“.[39]

За испуњеност субјективног елемента добровољног одустанка потребно је да учинилац одлуку о одустанку донесе под утицајем унутрашњих мотива или под утицајем неких спољних околности које ипак не представљају озбиљну сметњу за довршење кривичног дела.[40] „Могло би се рећи да је одустанак добровољан када је одлуку о томе учинилац донео свесно и вољно, упркос уверењу да започето дело може довршити“.[41] Према преовлађујућем схватању у нашој и страној теорији није од значаја морални квалитет мотива за одустанак, тј. и одустанак који је потакнут етички негативно вреднованим разлогом сматраће се добровољним,[42] с обзиром на то да добровољни одустанак није морални, већ пре свега психолошки појам.[43] „Главно је, да учинилац није био спречен никаквим спољним околностима, које би се нормално могле сматрати као принуда на одустанак“.[44] Иако је то питање у нашој ранијој теорији занемарено, не треба искључити могућност да и нека унутрашња сметња која потиче од самог учиниоца представља брану његовом слободном одлучивању, услед чега би била поништена добровољност одустанка.[45] „Тако, учинилац може одустати због изненадне физичке слабости или акутног напада неке болести, или зато што му од узбуђења толико дрхте руке да не може да предузме радњу извршења која захтева одређену пре-

---

38 J. Таховић, 253.

39 Зоран Стојановић, *Кривично право. Општи део*, Београд 2014, 231.

40 *Ibid.*

41 Љубиша Лазаревић, *Коментар Кривичног законика*, Београд 2006, 115; упор. Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld 2003, 635.

42 Вид. *Објашњења уз Нацрт Кривичног законика ФНРЈ*, Београд 1951, 93 94; K. Kühl, 494; J. Wessels, W. Beulke, 253; U. Kindhäuser, 261.

43 Petar Novoselec, *Opći dio Kaznenog prava*, Zagreb 2007, 314.

44 Миодраг Аћимовић, *Кривично право. Општи део*, Суботица 1937, 68.

45 Вид. A. Eser, 437; T. Fischer, 221. Ово уочава Камбовски говорећи о унутрашњим импулсима који могу достићи такав степен да се учиниоцу дело чини неоствaривим. В. Камбовски, 248. У истом тону и Стојановић; вид. З. Стојановић (1978), 29.

цизност, што искључује његову добровољност“.[46] Могући су дакле и случајеви у којима је учинилац и без промене спољних околности из неког унутрашњег узрока физички неспособан да дело доврши (нпр. при покушају силовања учинилац у одлучујућем моменту постаје импотентан). Немачка литература, вођена једноставном логиком да учинилац не одустаје од нечега што и не може (није у стању) да доврши, овакве случајеве подводи под конструкцију тзв. промашеног (неуспешног) покушаја, при чему је (добровољни) одустанак од самог старта искључен.[47] Међутим, постоје и гранични случајеви где се мора водити рачуна о узајамном деловању психе и физичких способности учиниоца. Не би било добровољности уколико је учинилац услед наступа паничног страха физички ометен у извршењу кривичног дела.[48] Али, када је телесна неспособност само последица једног унутрашњег преокрета, одустанак (према нормативном мерилу) остаје добровољан. Ко под притиском савести доживи нервни слом и такође физички није у стању да настави криминалну активност, одустаје добровољно.[49] Не би требало да буде спорно да је и унутрашњи подстицај који није споља изазван а не утиче на способност учиниоца да дело доврши знак добровољности. Управо су то и најјаснији случајеви добровољног одустанка. Учинилац и без промене спољних околности ревидира своју одлуку, због стида за дотад учињено, сажаљења према пасивном субјекту итд. Мотив може бити и етички индиферентан, нпр. учинилац одустаје зато што му је недостајало одлучности у пресудном моменту, без спољног утицаја обузео га је страх или је изгубио интерес да дело доврши.[50]

Такође, одустанак није недобровољан када је учинилац одустао на основу спољних околности које у складу са законским словом знатно не отежавају довршење дела, тј. које су лако савладиве и ризик од неуспеха или ризик кажњавања уопште не повећавају или само незнатно повећавају. „У таквим ситуацијама за оцену да ли је одустајање добровољно треба утврдити што је у конкретном случају имало претежни утицај на одлуку учиниоца да одустане од дела, да ли унутрашње снаге самог учиниоца или спољне сметње“.[51] Уопштено се може рећи да одустанак није добровољан када се учинилац услед промењених спољних околности налази пред ситуацијом да

---

[46] З. Стојановић (2014), 232.

[47] C. Roxin (2003), 602.

[48] З. Стојановић (2014), 232.

[49] C. Roxin (2003), 602.

[50] *Ibid*, 602; вид. З. Стојановић (2014), 232.

[51] Фрањо Бачић, *Коментар Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, редактор: Никола Срзентић, Београд 1978, 112; вид. Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Београд 2012, 168.

на основу свог плана на разуман начин нема другог избора осим да одустане,[52] тј. када учинилац више није господар своје одлуке. Уколико је извршење дела теже него што је првобитно очекивано, одустанак је још увек добровољан ако ризик није значајно увећан. На пример, ако учинилац открије алармни уређај који би он захваљујући свом познавању технике без муке могао ставити ван дејства, он још увек може добровољно одустати.[53] Добровољност није искључена ни у случају да учиниоца на одустанак убеди пасивни субјект или подстицај долази од неког другог лица. Страх учиниоца, изазван променом спољних околности које битно отежавају довршење дела негира добровољност. Тако, не одустаје добровољно учинилац који приликом извршења дела примети полицајца који се изненада појавио, услед чега би довршење дела било могуће, али повезано са превисоким ризиком, који се на разуман начин не може прихватити.[54] Није редак случај да учинилац одустаје због неочекивано снажног отпора пасивног субјекта, или позива у помоћ.[55] Упркос томе што учинилац сматра да дело може довршити уз употребу јачег интензитета принуде, ризик да при томе оствари дело које у себи садржи снажније изражен степен неправа, на који учинилац не пристаје, указује на недобровољност одустанка.[56] Када је ризик за учиниоца висок и када се одустанак (посматран и из позиције објективног посматрача) сматра разумним решењем, тј. када је адекватан ситуацији (нпр. ризик од неуспеха и хапшења је знатно повећан), одустанак није добровољан. Другачије је ако се ради о слабом отпору пасивног субјекта који се може лако савладати или ако позив у помоћ долази из затвореног простора или усамљеног краја. Уколико учинилац при таквим околностима одустане, добровољност је потврђена.[57] Такође, нема добровољности када учинилац одустаје зато што је отпао његов мотив,[58] тј. „јер је увидео да му довршење дела неће донети оно што је очекивао, тако да је дело за њега изгубило смисао".[59] На пример, учинилац „одустаје" због тога што објект радње не одговара његовом

---

52 C. Roxin (2003), 610.

53 *Ibid*, 604.

54 *Ibid*.

55 У пресуди Апелационог суда у Новом Саду (Кж. 1 бр. 2236/13 од 16. апри ла 2014) истакнуто је да одустанак мора да буде резултат учиниочевог добровољног опредељења а не последица пруженог отпора оштећене при покушају силовања. *Билтен судске праксе Вишег суда у Новом Саду*, Нови Сад 5/2014, 91 92.

56 Вид. U. Kindhäuser, 262.

57 C. Roxin (2003), 604 605.

58 A. Eser, 438; T. Fischer, 219.

59 Ф. Бачић, 111; вид. Љ. Лазаревић, 116. Тако, нема добровољног одустанка „када окривљени обије кућу, уђе у њу, изврши преметачину, па пошто није ништа нашао од вредних ствари, напусти лице места". И. Симић, 19.

очекивању. У том контексту, добровољност се често расправља код покушаја крађе. Према једном ставу, учинилац који нема у виду тачно одређену ствар и наилази на мали плен, одустаје добровољно ако дело не доврши. Уколико учинилац није наишао на очекивану ствар онда од дела и не може одустати.[60]

Нарочит проблем у материји добровољности представља чињеница да било која формула која претендује да јединствено важи за све случајеве наилази на потешкоће услед различитих критеријума одустанка у позицији недовршеног и довршеног покушаја. Учиниочева свест о могућности довршења дела као основни предуслов има у виду превасходно учиниоца који још увек није окончао радњу извршења. Учинилац који према плану извршења обуставља своју делатност, јер никакав даљи међукорак не сматра потребним за довршење дела, ту свест исцрпљује већ у тренутку када окончава своју радњу, па се у том виду више и не може говорити о околностима које онемогућавају или знатно отежавају довршење дела, него о околностима које би биле препрека да се наступање последице спречи. Од учиниоца у фази довршеног покушаја се не очекује само један унутрашњи преврат, већ и позитивна акција која се састоји у спречавању последице, наравно само у оним случајевима када је то због природе дела и конкретних околности иначе могуће.[61] Добровољност се у том случају процењује кроз лупу околности које се појављују након предузимања радње извршења. Ту је јасно да добровољност постоји ако је учинилац из потпуно унутрашњих мотива донео одлуку да спречи наступање последице. Али, утицај спољних околности може имати различит утицај на његову слободу одлучивања. Учинилац који касно открије да је извршење дела неко посматрао, па због тога одлучује да отклони последицу не поступа добровољно. Важно је и питање како третирати утицај неке друге особе на учиниоца. Требало би прихватити да у случају непромењених објективних околности учинилац добровољно одустаје ако на молбу пасивног субјекта или на наговор неког другог лица спречи наступање последице. Али, како решити случајеве у којима одлука учиниоца није потпуно слободна. Учинилац кога неко други ком-

---

60 K. Kühl, 495. У нашој литератури се ово разликовање по правилу не чини и постоји схватање да је одустанак добровољан и када се учинилац разочарао у по гледу вредности ствари коју је хтео украсти. Вид. *Објашњења уз Нацрт Кривичног законика ФНРЈ*, 94.

61 Не може добровољно одустати учинилац коме на располагању стоји само један метак и који пуца у лице које хоће да усмрти па промаши, а иначе због удаљености није у фактичкој могућности да свој план изведе до краја на неки други начин. Али, у често навођеном примеру у литератури, за учиниоца који непливача баца у воду хотећи да га усмрти још увек постоји шанса да добровољно одустане, уколико спречи његово утапање.

пулзивном силом принуди да спречи наступање последице свакако не поступа добровољно. Но, да ли је неопходно да учиниочева одлука буде потпуно слободна или добровољност неће поништити ни евентуални блажи психички притисак на њега у смеру спречавања последице. Ако се пође од става да упућивање претње учиниоцу има исто дејство као и употреба (компулзивне) силе, не би требало искључити добровољност у свакој ситуацији у којој постоји некакав утицај на одлуку учиниоца. У том смислу, и реч коју прати заповеднички тон, уколико се учиниоцу не ставља у изглед неко зло, којом се на учиниоца утиче да спречи наступање последице, а која битно не напада његову слободу одлучивања, не би требало да говори против добровољности.[62]

4. ЗАКЉУЧАК

Сукоб психолошких и нормативних теорија мора се решити у корист једне мешовите теорије, која полази од тога да је за потврду добровољности кључно стање свести извршиоца и (не)слобода његовог одлучивања о коначном исходу забрањене делатности, али коју прати нормативни коректив, пошто је увек реч о вредносном

[62] У једном случају из хрватске судске праксе заузет је став да допри нос спречавању последице који је уследио на заповест друге особе поништава добровољност. Пример је био инспиративан и чувеном немачком кривичару Рокси ну који је критиковао такав став суда. У конкретном случају се радило о учиниоцу који је у стању битно смањене урачунљивости повредио своју бившу девојку, која је у присуству своје пријатељице покушала да му помогне док је пијан лежао на земљи. Након што је ножем посекао по врату, изазвавши снажно крварење, њена пријатељица му је наредила израженим заповедничким тоном да седне у њен ау томобил и притисне мајицу на рану, како би спречио обилније крварење, док се она муњевито упутила у најближу болницу. Учинилац је све време држао мајицу и захваљујући брзој и успешној интервенцији његовој бившој девојци је спасен живот. Иако је првостепени суд препознао добровољност у учиниочевом понашању, жал бени суд је пошао од претпоставке да одлука учиниоца мора бити резултат његовог свесног и слободног самоопредељења, што у светлу конкретних околности није био случај, јер је учинилац радњу учинио у стању пијанства и готово аутоматски. Према ставу Роксина другостепени суд је погрешно негирао добровољност, јер утицај на учиниоца није био такав да је он аутоматски извршио заповест која му је упућена. У прилог томе говори и претходна агресивност учиниоца и одбијање пружене помоћи. У њему се након што је постао свестан учињеног десио преокрет и он је хтео да допринесе спасавању живота своје девојке. Иако је постојао утицај на његову сло боду одлучивања, она није била потпуно искључена. Спољне околности искључују добровољност само ако би и без учиниочевог доприноса спречиле последицу или уколико знатно повећавају ризик откривања и кажњавања. У овом случају учинилац више није хтео смрт своје бивше девојке, а то је знак добровољности. Claus Roxin, „Dragovoljni odustanak od dovršenog pokušaja usprkos znatno smanjenoj ubrojivosti i samo neznatnom doprinosu otklanjanju posljedice?“, prevod: Petar Novoselec, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb 1/2008, 3 5.

суду, тј. вредновању учиниочевог понашања у светлу свих конкретних околности.[63] Једно чисто психолошко значење појма добровољности не пружа задовољавајући одговор у свим случајевима. У примеру плашљивог и непромишљеног учиниоца који одустаје наилазећи већ на прву препреку на коју није рачунао и који уопште и не помишља да ли дело може довршити,[64] добровољност се не може потврдити као психолошка чињеница уколико се крене од уобичајеног полазишта – става учиниоца у односу на могућност довршења дела. У учиниочевој свести се нису осликали изгледи у односу на успешан завршетак започетог криминалног плана. Добровољност се при таквом стању ствари мора утврђивати и као нормативна категорија,[65] што значи да је то истовремено и вредносни суд о испуњености субјективних законских претпоставки које одређују обличје фигуре из чл. 32 КЗ.[66]

Потешкоће приликом утврђивања добровољности могу се избећи уколико се прихвати предлог да се овај услов потпуно напусти[67] и законски појам правне фигуре из чл. 32 КЗ другачије обликује. Уместо супротстављеног појмовног пара добровољан – недобровољан, могло би се унети разликовање између вољног оду-

[63] Вид. И. Симовић Хибер, 345 346. Према ставу одређених аутора, једно чисто психолошко обојено решење није ни практично ни разумно. Чињеница да учиниоца у даљем извођењу радње извршења (или довршења дела) нису спречиле неке спољне околности није довољна да се потврди добровољност ако одустанак не представља израз учиниочевог повратка на колосек права. Практични значај овог ограничења видљив је пре свега у ситуацијама у којима учинилац одустаје од једног дела, само да би извршио друго, које му из било ког разлога изгледа важније (нпр. зато што обећава већу корист). G. Stratenwerth, L. Kuhlen, 215 216. Чак и чисто пси холошко схватање добровољности ипак не може да избегне нормативни елемент, макар се он свео на то да је реч о суду о нечијем понашању и процени његовог квалитета с обзиром на одређено мерило.

[64] Вид. В. Камбовски, 250.

[65] Али не из перспективе (не)заслужене награде како је то схваћено у немачкој науци кривичног права, што је уосталом последица и другачијег норматив ног решења. Квалитет мотива услед којих је учинилац одлучио да дело не доврши не треба да игра улогу критеријума за утврђивање појма добровољности, јер правно извире на површину тек у стадијуму одмеравања казне, када треба одлучити да ли учинилац за свој повратак на пут законитог понашања заслужује награду у виду ослобођења од казне. Прихватање мерила нормативног учења развијеног у немачкој доктрини значило би да закључак о добровољности одустанка увек треба да буде праћен ослобођењем од казне, што би се противило законском дејству института добровољног одустанка у нашем кривичном праву.

[66] Уосталом, неспорно је да се проблем негативне субјективне усмерености не решава искључиво кроз унутрашњи однос учиниоца, већ и кроз суд о томе може ли се учиниоцу упутити прекор због тога што се одлучио за неправо, па се повлачењем паралеле с одлуком о кривици може закључити да и позитивна субјективна усмере ност која није јасно видљива треба да буде праћена судом о похвали учиниоца који се због активирања унутрашњих механизама враћа на терен права.

[67] Тако З. Стојановић (1978), 34 38.

станка и спречености учиниоца да дело доврши. Пошто чин одустанка увек представља вољом управљену радњу, без обзира на то што на вољу могу утицати разне околности, одустанак би увек морао бити вољан, али не и добровољан. Према овом решењу одустанак би био искључен једино услед дејства неких околности које потпуно искључују вољу учиниоца (или њено реализовање) „и тако онемогућују довршење кривичног дела у конкретној ситуацији".[68] На тај начин би јасно била повучена граница између свесног и вољног одустанка и ситуације у којој је учинилац услед дејства неких околности спречен да дело доврши. Изостављање добровољности не би правило никакве сметње ни у позицији довршеног покушаја, јер би учинилац могао одустати упркос томе што је довршио радњу извршења, ако спречи наступање последице за коју је извесно да би иначе наступила.[69] У складу са тим, утврђивање одустанка било би знатно једноставније, али проширивање поља његове примене не би нужно морало да ослаби генерално превентивно дејство закона, јер би од разлога због којих је учинилац одустао зависило да ли га треба ослободити од казне или не. Карактер околности услед којих учинилац одустаје од довршења дела не би утицао на постојање одустанка, већ би то имало значаја за поступак одмеравања казне. Следствено, само би апсолутне сметње искључивале одустанак, док би и релативне препреке значиле да одустанак постоји, само што се та околност не би тумачила у корист учиниоца, јер не би заслужио привилегију ослобођења од казне.[70]

Уколико се ипак остане при постојећем решењу, нема разлога да се у пракси, која је прилично уздржана у односу на примену института добровољног одустанка, а у складу са у науци владајућим учењем, заузме флексибилнији став у односу на питање добровољности, с обзиром на то да привилегија на плану одмеравања казне учиниоцу који је добровољно одустао од довршења дела није гарантована, за разлику од решења у страном кривичном праву према коме институт добровољног одустанка искључује кажњивост,[71] па и опредељивање за добровољност аутоматски значи награду учиниоцу, који ће због тога што је савладао своју злочиначку вољу остати некажњен. Због

[68] *Ibid*, 35.

[69] *Ibid*, 35 36.

[70] *Ibid*, 38.

[71] Правно дејство добровољног одустанка у немачком (§ 24 StGB) и аустријском (§ 16 StGB) кривичном праву је знатно јаче него у српском кривичном праву, где се и у случају да суд учиниоца ослободи од казне доноси осуђујућа пре суда, док решење из немачког и аустријског КЗ полази од негирања кривичног дела. Према преовлађујућем схватању добровољни одустанак се сматра личним основом ништења казне (*persönlicher Strafaufhebungsgrund*). Бићу одговарајуће неправо и кривица остају нетакнути, али се из криминалнополитичких разлога не кажњава за покушај. H. Fuchs, 246; T. Fischer, 227.

тога би и у пракси требало прихватити схватање добровољности које је доминантно у науци кривичног права, а које је и нормативно изражено у чл. 32, ст. 2 КЗ и поћи од тога да сметње које знатно не отежавају довршење дела не искључују добровољност. Потврда добровољности не подразумева обавезу да се учинилац награди ослобођењем од казне, тако да нема оправдања да се у духу нормативних теорија одрекне постојање добровољног одустанка само због тога што се сматра да учинилац не заслужује да буде ослобођен од казне.

Ivan Đokić, LLM

Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

ON VOLUNTARINESS OF THE WITHDRAWAL FROM THE COMMITMENT OF THE CRIMINAL OFFENCE

Summary

Serbian Criminal Code (CC) provides in art. 32 that offender who voluntary withdraws from an attempted offence can be released from punishment. CC distinguishes between two different types of attempt, unfinished and finished attempt. For both types CC prescribes that withdrawal must be voluntary. In earlier theory the distinction between voluntariness and involuntariness was made on the basis of the so-called Frank's Formula (the withdrawal is voluntary if the perpetrator says: I don't wish to complete the offence if I could, whereas it will be involuntary if he thinks: I cannot complete the offence if I wanted to). This theory has been abandoned in the modern criminal law doctrine. The requirement of voluntariness is usually interpreted according to psychological and normative approach. According to art. 32 (2) CC there is no voluntariness if it is impossible for the offender to commit the offence or if there are some obstacles which make significantly difficult the commitment of the criminal offence. Serbian jurisprudence holds a restrictive approach to the requirement of voluntariness despite the fact that CC unlike the law of some other countries doesn't prescribe that withdrawal leads to a full acquittal from the charge based on the attempted offence.

Key words: *Withdrawal. – Voluntariness. – Psychological theories. – Normative theories. – Absolute and relative obstacles.*

УДК 347.447.8

CERIF: S130

Др Катарина Доловић[*]

УТИЦАЈ САВЕСНОСТИ ПОВЕРИОЦА НА ПОСЛЕДИЦЕ НЕОСНОВАНИХ РАСКИДА УГОВОРА[**]

Овим чланком ауторка настоји да скрене пажњу на проблеме које у пракси стварају тзв. неосновани раскиди, али и на потребу стварања јединствене праксе у погледу њиховог санкционисања. У постојећој доктрини на низ питања нема одговора, а поједини усамљени покушаји теоријског објашњења ове појаве остају у сенци појединачних судских/арбитражних спорова, без тежње ка суштинском решавању проблема. Ауторка у тексту настоји указати на неопходност квалификовања неоснованог раскида као повреде уговора, али и испитивања последица које из те повреде настају. Питање које, међутим, поставља, а које је и разлог настанка овог чланака јесте: да ли савесност повериоца утиче на последице неоснованих раскида, то јест да ли она представља „олакшавајућу околност“? Другим речима, да ли повериочева несавесност јесте неопходан услов за настанак неких последица?

Кључне речи: *Раскид уговора. Последице неоснованог раскида уговора. Савесност поверилаца.*

1. НЕОСНОВАНИ РАСКИД

1.1. Право на раскид уговора због неизвршења

Постојећи општи режим једностраног раскида уговора из Закона о облигационим односима,[1] али и режими таквог раскида који

[*] Ауторка је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *k.dolovic@ius.bg.ac.rs*

[**] Чланак представља резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду под називом „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније / правни, економски, политички и социолошки аспект/“.

[1] Закон о облигационим односима ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93.

постоје у посебном законодавству, поставили су пред нашу судску и арбитражну праксу многа питања на која у постојећој доктрини нема задовољавајућег одговора. Неспорно је да има нечег лошег у режиму једностраних вансудских раскида, на шта указује и чињеница да се о овим раскидима неретко говори као о „раскидима на сопствени ризик".[2]

У српском праву[3] уговор се раскида изјавом воље.[4] Уговорник који сматра да је друга страна повредила уговор, изјавом своје воље може учинити крај (или бар покушати да учини крај[5]) постојећем уговорном односу. Сама чињеница прихватања вансудског система раскида/раскида изјавом воље ствара простор за бројне критике. Оне, пре свега, иду у правцу могућности злоупотреба самог института раскида уговора од стране повериоца. Наиме, осим могућности да своје право остваре, а сам раскид реализују само изјавом воље саопштене другој страни, вансудски систем даје повериоцу моћ да управо он оцењује испуњеност услова за раскид. С друге стране, дефинисање раскидног разлога, то јест услова неопходних за настанак права на раскид, у великој мери ослања се на стандарде и критеријуме који су, опет, одређени на неограничавајући начин.[6] Задатак који се ставља пред повериоце (испитивање испуњености услова за раскид) отежан је и чињеницом да се ради о оцени уговорне ситуације за коју је он, као једна од уговорних страна, лично заинтересован. Стога би требало очекивати да поверилац у одређеној мери буде и пристрастан када се постави питање користи које је остварио, односно, користи којих је лишен неизвршењем друге уговорне стране.

Тежина повериочевог задатка који састоји се у испитивању постојања раскидног разлога, и то у ситуацији за коју је лично заинтересован, његова моћ да изјавом своје воље учини (или покуша да учини) крај уговору, недовољна одређеност појма раскидног разлога

2 Вид. одлуку *Tocqueville c. Clinique des Ormeaux*, Henri Capitant, François Terre, Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Obligations, Contrats speciaux, Sûretés, Paris 2008, 275; Philippe Delebecque, *Le droit de rupture unilatéral*, Droit & Patrimoine, 126/2004, 56.

3 Али и немачком, енглеском, некада чак и француском праву.

4 Вид. чл. 124 ЗОО.

5 Аутор ће током рада инсистирати на термину „покушаја раскида", настојећи тако да нагласи да ће раскид, упркос намери повериоца, увек остати у покушају уко лико нису испуњени сви услови. Наиме, да би уговор престао да постоји раскидом неопходно је: 1. да правни систем једне земље дозвољава могућност једностраног раскида (што у савременом праву постаје неспорно); 2. да су у конкретном случају испуњени услови за настанак права на раскид; 3. да поверилац има намеру да оства ри своје право на раскид; 4. да поверилац оствари то своје право у складу са зах тевима конкретне норме (у нашем праву, на пример, да остави дужнику накнадни примерени рок...).

6 Aurélie Bres, *La résolution du contrat par dénonciation*, Montpellier 2009, 490.

у закону доприносе стварању погодног тла за појаву звану „неосновани раскиди“.[7]

1.2. Појам тзв. неоснованог раскида[8]

Не доводи свака изјава воље усмерена на раскид до раскида уговора. До престанка постојања уговора раскидом доводе само основане изјаве воље усмерене на раскид. У питању је изјава која за основ има такву ситуацију која се може подвести под законски опис раскидног разлога, то јест услова које сам законодавац прописује као неопходне за настанак могућности за уговору верну страну да од уговора одустане.

С друге стране, неоснована изјава воље усмерене на раскид није раскид. То је само повериочева изјава која ће остати без ефекта, јер јој право неће приписати раскидно дејство. То је, симболично речено, раскид који је остао у покушају. Стога, неосновани раскид указује на ситуацију када до раскида није ни дошло, баш из разлога неоснованости дате изјаве (то јест непостојања услова за раскид). Неуспешан исход је узрокован неоснованошћу. Уговор је, дакле, и даље на снази, уговорници и даље морају да извршавају своје обавезе односно у могућности су да остварују своја права. Повериочева неоснована изјава остала је само „парче папира“.[9]

2. САВЕСНОСТ ПОВЕРИОЦА КАО УЧИНИОЦА НЕОСНОВАНОГ РАСКИДА

2.1. Појам савесности

У првом делу рада закључили смо да основна слабост режима једностраног вансудског раскида уговора лежи у препуштању оцене

7 Појмом тзв. неоснованих раскида уговора, као и последицама неосноване изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења аутор овог рада посветио је своју докторску дисертацију. Више о овоме вид. Катарина Доловић, *Правне последице изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, Београд 2014.

8 У литератури су присутни термини „основани раскид“ и „неосновани раскид“. Неспорно је да први указује на основану, а други на неосновану раскидну изјаву воље. Нама се ипак чини да је излишно термину раскид додавати епитет „основан“, јер уколико је уговор раскинут, то је и могло бити само основано. С друге стране, „неосновани раскид“ као такав не постоји, јер нешто може да буде раскид или неоснована изјава воље о раскиду, али не и једно и друго. Ипак, свесни вредности јасноће изражавања неретко ћемо употребљавати управо овај термин, али (готово) увек уз назнаку да говоримо о појави тзв. неоснованих раскида.

9 Philippe Stoffel Munck, „Le contrôle à posteriori de la résiliation unilateral“, *Droit & Patrimoine* 126/2004, 74.

испуњености услова за раскид жртви неизвршења уговора, посебно имајући на уму да се дефинисање раскидних услова у великој мери ослања на стандарде и критеријуме. Због тога ће поверилац често, свесно или не, закорачити у поље тзв. неоснованих раскида.

Управо из тог разлога сматрамо да је неопходно на овом месту увести појам „савесности" повериоца као жртве неизвршења уговора, који због тога (неизвршења) покушава да раскине уговор. Наиме, учинилац покушаја раскида јесте поверилац који је настојао да раскине уговор због тога што дужник, наводно, није поштовао тај уговор. Под савесношћу односно несавесношћу подразумевамо одговор на следеће питање: да ли је поверилац био свестан, односно да ли је знао или морао знати да је његова изјава воље неоснована? Да ли је збиља веровао да дужниково понашање представља разлог за раскид? Или се, пак, на наводну дужникову повреду уговора позивао само да би тиме оправдао дату изјаву о раскиду?

2.2. Савесност повериоца у вези с неодређеношћу појма раскидног разлога

Одређивање појма савесности је у тесној вези с одређивањем појма раскидног разлога односно неизвршења/непоштовања/повреде уговора. Не постоји прецизан критеријум на основу којег би се могло утврдити да ли конкретно понашање дужника представља повреду и даље, да ли конкретна повреда уговора представља раскидни разлог.[10] Разлог за то се, пре свега, налази у недовољној прецизности законских норми, што није одлика само нашег права.

[10] Ипак, оцена понашања једног од уговорника као евентуалног раскидног разлога не мора увек бити тежак задатак за суд/арбитражу. У арбитражној пресуди од 13. марта 2013, бр. Т 14/11, арбитражно веће је сматрало да уколико се, чл. 3 Социјалног програма, купац обавезао да обезбеди да Друштво примењује Колектив ни уговор, то значи да се обавезао и да запосленима осигура исплату зарада. Веће је стога сматрало неоснованим наводе туженог да он није био дужан да поступа по Колективном уговору и да у складу са њим исплаћује зараде запосленима, већ да је само био дужан да остави Колективни уговор непромењеним. Очигледно је, дакле, да у појединим случајевима није тешко установити да неизвршење постоји, те да оно представља разлог за раскид уговора, као и да је евентуална раскидна изјава, заснована на таквим разлозима, основана.

Одлука *ad hoc* арбитраже од 16. јануара 2014. је још један пример да оце на понашања уговорника, а у смислу испитивања испуњености услова за раскид од стране другог уговорника, не мора увек представљати сложен задатак. Наиме, у одлуци се наводи да тужиоци неосновано сматрају да је „већ закашњењем уговор повређен, а да и најмање неизвршење може представљати озбиљну повреду уговора јер захтева посебно ангажовање сатужилаца на сравњивању рачуна и отклањању грешака". Образлажући одлуку Веће наводи да закашњење не може представљати раскидни разлог с обзиром на то да сатужиоци у поднеску потврђују да су примили задоцнело испуњење.

2.2.1. Недовољна одређеност појма раскидног разлога у нашем и упоредном праву

Да задатак повериоца, у погледу испитивања испуњености услова за раскид, није нимало лак, уверићемо се већ анализом одредаба нашег закона. Наш ЗОО као раскидни разлог наводи „неиспуњење обавезе",[11] што, опет, отвара питање: какво дужниково неиспуњење обавезе је довољно за раскид уговора? Ако упоредимо чл. 124 са чл. 131 ЗОО, отварамо нову дилему: да ли је под раскидним разлогом наш законодавац подразумевао свако неиспуњење осим оног које би се могло сматрати „незнатним"?[12] Овакво тумачење било би веома опасно, а из разлога што бисмо постали сведоци напуштања уговора у свим случајевима када уговор више не би одговарао интересима једне од страна,[13] а све то под изговором да друга страна није испунила нешто од уговореног, а то нешто би се често могло подвести под веће од „незнатног". Отуда, уколико би поверилац био вођен овом логиком, у великом броју случајева његова раскидна изјава била би обухваћена појмом тзв. неоснованог раскида. Очигледно је дакле да се чл. 124 и 131 ЗОО морају тумачити другачије, односно, да одредба чл. 131 није настала с циљем прецизног одређивања појма раскидног разлога, те јој и не би требало давати толики значај. Она само из појма раскидног разлога искључује одређене ситуације, али тим сужавањем она никако не заокружује поље примене овог појма.

Када је у питању дефинисање услова за настанак права на раскид уговора, неспорно је да су одредбе нашег Закона прилично непотпуне и поврх свега опште, те је задатак повериоца утолико тежи. На повериоцу је да у сваком конкретном случају утврди да ли постоји неизвршење уговора од стране дужника и да ли обим и значај конкретног неизвршења јесу довољан разлог за раскид уговора, а из разлога што су и само испуњење, као и цео уговор изгубили за њега сврху.[14] Ипак, сматрамо да одредбе нашег Закона у овој области не заслужују ништа већу критику од законских решења упоредног права.

---

[11] Вид. чл. 124 ЗОО: „У двостраним уговорима, кад једна страна не испуни своју обавезу, друга страна може, ако није што друго одређено, захтевати испуњење обавеза, или под условима предвиђеним у идућим члановима, раскинути уговор простом изјавом, ако раскид уговора не наступа по самом закону, а у сваком случају има право на накнаду штете".

[12] Вид. чл. 131 ЗОО.

[13] Вид. коментар чл. 110 Облигацијског законика Словеније: Miha Juhart, Nina Plavšak, *Obligacijski zakonik s komentarjem*, Ljubljana 2003.

[14] Вид. Вилим Горенц, *Закон о обвезним односима с коментаром*, Загреб 1998, 175.

Англосаксонски правници такође сматрају неспорним да не постоји формула која би била јасан показатељ да ли у конкретном случају поверилац има право на раскид (то јест, When a breach will justify termination of the contract?).[15] Омиљена фраза англосаксонских судија, а и правних писаца јесте да повреда која може довести у питање опстанак уговора јесте она која „goes to the heart of the contract" или „goes to the root of the contract".[16]

Ни чл. 1184 француског Code Civil-а не одређује ближе појам раскидног разлога, већ само условљава настанак права на раскид дужниковим неизвршењем двостранообавезног уговора. Како у француском праву суд изриче раскид уговора,[17] то је законодавац очигледно сматрао да чл. 1184 садржи сасвим довољно смерница за суд, који ће након утврђеног чињеничног стања размотрити може ли се оно подвести под цитирану норму или не.[18] Стога, од одговора на питање може ли се конкретно понашање дужника подвести под појам озбиљног неизвршења (фр. *l'inexécution grave*),[19] зависи и да

---

15 John Birds, Robert Bradgate, Charlotte Villiers, *Termination of Contract*, USA 1995, 34.

16 Вид. Raymond Friel, *The Law of Contract*, Dublin 2000, 581.

17 Француски правни систем одувек се узимао као пример правног система у којем није дозвољена могућност једностраног раскида уговора због неизвршења мимо суда. У Француској суд раскида уговор након вођења поступка у којем утврђује постојање разлога за раскид у конкретном случају. Тако се и спречава могућност тзв. неоснованих раскида, јер се уговорник, који сматра да има право на раскид, обраћа суду. Уговорникова изјава воље усмерена на раскид стога не може довести до раскида чак ни када је основана. Међутим, долази до промена и у француском праву када је у питању једнострани раскид због неизвршења. Француски Code Civil остаје веран судском систему раскида, док пракса француских судова уводи вансуд ски раскид као изузетак. Вид. Michaël Barberis, *La liberté de romper unilatéralement le contrat*, преузето са сајта: *http://www.memoireonline.com/*; F. Terre, P. Simler, Y. Lequette, 639; Rupture unilatéral du contrat: vers un nouveau pouvoir, *Droit & Patrimoine*, 126/2004, 55; P. Delebecque, 56; Laurent Aynes, Le droit de rompre unilatéralement: fondement et perspectives, *Droit & Patrimoine*, 126/2004, 64 65. Такође, један од најкоментарисанијих покушаја реформе француског Code Civila, Avant projet Catala, уводи могућност раскида изјавом воље као алтернативу судском раскиду. Вид. чл. 1158 Avant projet Catala, Pierre Catala, *Proposals for Reform of the Law of Obligations and the Law of Prescription*, english translation by John Cartwright and Simon Whittaker, Oxford 2007, 113.

18 Другачије је ипак у систему вансудског раскида где је поверилац тај који разматра чињенично стање и процењује да ли је за њега настало право на раскид. Ту је логично да би законске норме морале бити (мада то редовно нису) далеко потпуније и прецизније.

19 За француско право вид. Patrick Canin, Droit civil, *Les obligations*, Paris 2011, 83; Henri, Léon et Jean Mazeaud, Leçons de droit civil, *Obligations*, ***théorie générale***, Paris 1978, 1108; Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Philippe Stoffel Munck, *Les Obligations*, Paris 2005, 449; Georges Ripert, Jean Boulanger, ***Traité*** de ***droit civil***, *Obligations*, tome II, ***D'après*** le ***traité*** de ***Planiol***, Paris 1957, 286; Christian Larroumet, Droit civil, *Les Obligations*, Le Contrat, tome III, Paris 2003, 803.

ли ће поверилац стећи право на раскид уговора, а суд исти, по повериочевом захтеву, раскинути.[20] Међутим, битна разлика између француског права с једне и нашег и англосаксонског с друге стране, лежи у томе што ће у случају да поверилац погрешно сматра да има право да у конкретном случају раскине уговор, у француском праву његов тужбени захтев бити одбијен, док ће по нашем и англосаксонском праву поверилац тиме закорачити на поље неоснованог раскида. Ипак, у крајњем, у свим поменутим правним системима нема јасног одговора на питање из којих то ситуација настаје за повериоца право да раскине уговор?

На основу досадашњих излагања очигледно је да је сам појам неизвршења, а посебно озбиљног неизвршења, како најчешће дефинишемо раскидни разлог, неодређеног садржаја. И сами стандарди и оквирни појмови који испуњавају ту садржину пате од исте неодређености.[21] Питање је не само колика је доза мањкавости у извршењу потребна да би се радило о разлогу за раскид, већ се ствар често компликује и захтевом да неизвршење буде озбиљно, а тај епитет ствара додатну дозу непрецизности. Сигурно је, ипак, да је реч о таквом виду мањкавости дужника који повериоца лишава онога што је оправдано очекивао од уговора.[22]

Појмом раскидног разлога бавили смо се како бисмо сагледали сву тежину положаја повериоца у режиму вансудског раскида. Чини нам се да је некада „неправедно", посебно у ситуацијама када би се и судија[23] „замислио" да ли конкретна повреда оправдава раскид, од једног уговорника захтевати да „са сигурношћу" процени има ли услова за раскид или не. Због тога се и питамо, да ли би сваки неосновани раскид, то јест сваки повериочев покушај да „изађе" из уговора у ситуацији када за то није било основа, требало санкционисати на исти начин? Ова дилема нас је и мотивисала да закорачимо на поље повериочеве савесности,[24] те испитамо њен евентуални утицај на последице које из неоснованих раскида настају.

---

20 Вид. Corinne Renault Brahinsky, *Droit des obligations*, Paris 2011, 154.

21 A. Bres, 490.

22 *Ibid.*, 491.

23 У судском систему раскида, оцена испуњености услова за раскид и јесте у надлежности суда. Међутим, у систему вансудског раскида предмет ће завршити на суду тек у накнадном контролном поступку, покренутом након што је дужник оспорио основаност повериочеве изјаве о раскиду, а тиме и повериочеву могућност/право да конкретни уговор раскине. Тада ће суд испитивати да ли су обим и значај дужниковог неизвршења били довољан разлог за раскид уговора од стране поверио ца.

24 Поред савесности повериоца, аутор овог текста се бавио и питањем савес ности дужника, те њеним евентуалним утицајем на последице неоснованих раскида. Вид. К. Доловић, 269 276.

2.3. Нужност повериочеве субјективности

Чини се да постоји још једна чињеница која знатно отежава положај повериоца (на пољу вансудског режима раскида), а самим тим и, по нашем мишљењу, још више оправдава увођење појма савесности повериоца, те његовог утицаја на последице неоснованих раскида.

Очигледно је, дакле, да поверилац оцењује нешто за шта је лично заинтересован. Из тог разлога, требало би очекивати да у одређеној мери буде и пристрастан када се постави питање користи које је остварио, односно користи[25] којих је лишен неизвршењем друге стране. У томе можда можемо наћи оправдање макар једног броја неоснованих раскидних изјава, то јест ситуација када ће поверилац бити посебно „осетљив“, те и посебно „строг“ на дужникову мањкавост, јер она погађа искључиво његове интересе. Неспорно је, дакле, да у чињеници да поверилац постаје судија у својој ствари видимо још једну од слабости једностраног вансудског раскида уговора. Због тога би оправданост повлачења из уговора, ипак, била објективније процењивана из угла ауторитета који није део конкретног уговорног односа, јер се таквим положајем обезбеђује неопходна непристрасност.[26]

2.4. Када је поверилац савестан/несавестан?

Неспорно је да би се о повериочевој несавесности могло говорити у случају када је очигледно да друга страна све своје обавезе уредно извршава, а поверилац се позове на наводно „кршење“ уговора, правдајући тиме своју раскидну изјаву. Далеко је већи број, међутим, оних спорних ситуација, када је дужник делимично[27] извршио своју обавезу (обавезе) или ју је, пак, једно време извршавао па онда престао. То су ситуације када основаност или неоснованост ни суд не би без тешкоћа, а често ни са сигурношћу могао утврдити, већ се, напротив, до одговора долази употребом одређених критеријумима (о чему смо већ писали у вези с појмом раскидног разлога). Управо због оваквих ситуација заступамо став да не би тре-

---

25 Вид. G. Ripert, J. Boulanger, 286.

26 Вид. Thomas Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris 2007, 381.

27 Више о појму делимичног извршења вид. Ж. Перић, *О поништају уговора због неизвршења*, студија из приватнога права, Београд 1903, 32. У вези с појмом делимичног неиспуњења интересантно је и питање да ли делимично неиспуњење оправдава пропаст уговора у целини или оно може да узрокује само делимичан раскид, то јест „цепање уговора у два правно самостална дела“? За последње вид. Владимир Водинелић, „Делимични раскид уговора због делимичног неиспуњења облигације“, *Правни информатор*, бр. 10, Београд 2002, 24.

бало на исти начин санкционисати сваки неосновани покушај раскида.

2.5. Шта би требало да буде критеријум исправности повериочевог понашања?

У проблематици неоснованих раскида постоји једно кључно питање. Наиме, под неоснованим раскидом подразумевамо, најједноставније речено, један вид понашања повериоца. Оно што разматрамо јесте питање да ли такво понашање мора бити санкционисано и, ако је потребно, на који начин то учинити. До неоснованог раскида, то јест до самог чина изјаве раскидне воље на основу наводног кршења уговора свог сауговарача долази након једног „мисаоног процеса" самог повериоца. Пођимо од претпоставке да је поверилац савестан и да је након разматрања дужниковог понашања закључио да је тежина дужникове повреде уговора таквог интензитета да удара у саму суштину уговора и негира сврху његовог постојања. Тиме, поверилац оправдава стицање права на раскид уговора, а исто реализује изјавом воље коју саопштава дужнику, сматрајући себе, од тог тренутка, слободним у односу на уговорни однос. Колико би требало очекивати од повериоца? Да ли би било не само праведно него и реално очекивати од њега да на питање има ли услова за раскид или не одговори на исти начин на који би одговорио суд у накнадном контролном поступку? Да ли би требало санкционисати повериоца када би на то питање одговорио другачије него суд? Посебно би требало имати на уму да суд до одговора на питање има ли места раскиду или не долази након слободне оцене конкретног чињеничног стања. Смернице које судија прати, па и критеријуме које узима у помоћ јесу смернице и критеријуми које је створила та иста судска пракса. Другим речима, законодавац оставља простор за такву дискрецију у одлучивању суда, а посредно и повериоца на кога се ове одредбе закона и односе. Зато је сасвим реално очекивати да ће један судија некада сматрати да понашање одређеног дужника јесте разлог за раскид, а други судија да исто то понашање није довољан разлог за раскид. Како онда, у таквим спорним ситуацијама, очекивати од повериоца да увек тачно процени да јесте или није имао право да раскине уговор? То би значило да као критеријум исправности повериочеве оцене поставимо, ништа мање, него оцену (и одлуку) суда у конкретном случају.

2.6. Претпоставка савесности

Када говоримо о појму савесности у грађанском праву, увек полазимо од тога да се савесност претпоставља. Како се савесност претпоставља, увек ће се, дакле, поћи од претпоставке да је поверилац покушао да раскине уговор, верујући у то да на страни дужни-

ка заиста постоји раскидни разлог, односно да је дужник повредио уговор на начин који оправдава раскид уговора вољом повериоца. Та претпоставка је оборива. То значи да би на дужнику, као жртви покушаја неоснованог раскида, био терет доказивања, у смислу да је поверилац знао или морао знати да раскидни разлог не постоји.

Увек је тешко доказати нечију несавесност. Наиме, реч је о томе да тврдимо да је неко нешто знао, односно, ако није знао, да је морао бити упознат с тим. То је, међутим, веома компликовано. Мислимо, наравно, на деликатност самог појма раскидног разлога, као вида повреде уговора, а посебно на питање: да ли се конкретно непоштовање уговора[28] може подвести под појам раскидног разлога садржаног у норми закона, будући да право на једнострани раскид уговора свој основ[29] мора имати у закону? Због тога тешкоће обарања претпоставке савесности постају још веће.

3. УТИЦАЈ САВЕСНОСТИ ПОВЕРИОЦА НА ПОСЛЕДИЦЕ НЕОСНОВАНОГ РАСКИДА

3.1. Последице неоснованог раскида

Након оспоравања основаности повериочеве раскидне изјаве, упркос вансудском систему раскида, уговорници улазе у судски поступак. Специфичност тог поступка је у томе што суд има само „контролну" улогу. Он, наиме, испитује да ли су испуњени услови за раскид, а зависно од тога утврђује и да ли је основана раскидна изјава саопштена дужнику. У случају да суд, након спроведеног контролног поступка, донесе одлуку којом утврди и потврди да је изјава воље повериоца усмерена на раскид била неоснована, поставиће питање последица дате изјаве (то јест неоснованог раскида).

Прва последица огледала би се у чињеници да раскидна изјава није произвела дејство на које је била усмерена, односно, уговор је и

[28] Вид. на пример Пресуду Окружног суда у Нишу, Гж. 4332/07 од 13. но вембра 2007, Избор судске праксе, бр. 5, Београд, мај 2008, 52: „Код чињенице да је тужени према уговореном послу већ извршио посао у обиму од 75%, а у односу на примљену суму новца од 100%, при чему је неквалитет изведених радова у про центу 5%, нема места раскиду уговора...".

[29] Неопходно је разликовати основ од разлога за раскид уговора. Погрешно је те појмове сматрати синонимима. Док би се у појму раскидног разлога крио одговор на питање због чега је уговор раскинут, основ раскида би, с друге стране, садржао одговор на једно, чини нам се, још важније питање. Шта је то што нам даје право да раскинемо уговор, односно, у чему можемо наћи оправдање за одступање од прин ципа *pacta sunt servanda*? У случају једностраног раскида уговора (раскида без об зира на вољу друге уговорне стране) основ се налази у закону, односно, законодавац је тај који одређује у којим то ситуацијама поверилац може раскинути уговор.

даље на снази. Друга последица, која је предмет нашег интересовања с обзиром на тему рада, огледа се у томе што упркос томе што неоснована раскидна изјава не доводи до раскида, она ипак доводи до одговорности њеног даваоца (повериоца). Неосновани раскид је повреда уговора. Због чега?

Наиме, како је неосновани раскид ништа друго до покушај неоснованог „бега"[30] из уговора неспорно је да се ради о повреди начела *pacta sunt servanda*, с једне, али и злоупотреби института раскида уговора од стране повериоца, с друге стране.

Међутим, о повреди уговора говоримо, пре свега, из разлога што поверилац, у највећем броју случајева, покушава неосновано раскинути уговор онда када га и сам није извршавао. Због тога, тренутак саопштавања неосноване раскидне изјаве дужнику сматрамо само „круном" повериочевог непоштовања уговора, те тренутком у којем испитујемо да ли је поверилац уопште и ако јесте, онда у којој мери испуњавао уговор, а самим тим и који су обим и значај евентуалног неиспуњења то јест повреде уговора учињене од стране повериоца.

Дакле, у тражењу одговора на питање које последице произлазе из неоснованог раскида дошли смо до једне правно веома интересантне ситуације. У првој фази, један уговорник (поверилац) се позива на то да је други уговорник (дужника) учинио повреду уговора, квалификујући је као раскидни разлог. Позивајући се на наводно неизвршење, (поверилац) сматра да је стекао право на раскид уговора, те га и остварује (тачније, покушава да га оствари) изјавом воље саопштене другој страни (дужнику). Како неизвршење није „реално" већ „наводно", то она страна која се на неизвршење позивала (поверилац) чини злоупотребу института раскида уговора,[31] а тиме и својеврсног вида слободе коју јој је законодавац несумњиво дао прописујући да поверилац може раскинути уговор мимо суда. Та злоупотреба института раскида, то јест понашање повериоца у смислу покушаја неоснованог раскида представља повреду уговора,

[30] А што никако није суштина раскида. Вид. C Atias, *The French Civil law: an insider's view*, Louisiana 1987, 155. Аутор у раскиду уговора види крајње средство које би се употребљавало само у (уговорно) безнадежним ситуацијама.

[31] Злоупотребу института раскида не би требало мешати са злоупотребом пра ва. За злоупотребу права на раскид вид. Jean Guyenot, *La rupture abusive des contrats à durée indéterminée*, La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Paris 1960, 235 299. Проблем неоснованих раскида не можемо сместити у поље злоупотребе права, јер се не може злоупотребити нешто што не постоји. Код неоснованих раскида се и поставља питање санкционисања таквог повериочевог понашања управо из разлога што је покушао да раскине уговор упркос томе што није имао право да то учини. Чињеница да поверилац није знао да нема право на раскид (због несавршености правних норми, о чему смо писали) може представљати само „олакшавајућу окол ност" приликом санкционисања његовог недозвољеног понашања.

па стога, када говоримо о последицама неоснованих раскида, ми у ствари говоримо о последицама повреде уговора, то јест последицама неизвршења. Које ће правне последице наћи свој извор у неоснованом раскиду зависи од више фактора. Ипак, кључним фактором сматрамо понашање повериоца, то јест одговор на питање: у којој фази извршења својих обавеза је поверилац покушао да неосновано раскине уговор? Другим речима, у којој мери је поверилац намеравао да „остави уговор неизвршеним“ својим „бегом“ из истог?

Када се пак говори о последицама неизвршења уговора, неопходно је поменути три правна средства која настају за верног уговорника: право на извршење, право на раскид и право на накнаду штете.

Међутим, питамо се да ли би баш у сваком случају неоснованог раскида (наравно, онда када су испуњени општи услови за примену сваког од њих) требало дати дужнику право на раскид, право на накнаду штете и право да захтева извршење уговора?

3.2. Утицај савесности повериоца на последице неоснованог раскида

На основу досадашњих излагања, јасно је да желимо да скренемо пажњу на то да понашање повериоца (у смислу оцене испуњености услова за раскид) не би требало, симболично речено, ценити „престрого“. Уговорник, којег ми називамо поверилац, своје понашање заснива на тумачењу законске норме која регулише питање раскидног разлога. Како је у питању норма, која је редовно (кажемо редовно, мислећи не само на српско него и на упоредно право) прилично непотпуна и поврх свега општа, то је задатак повериоца утолико тежи. Стога, сматрамо да је приликом оцене повериочевог понашања (које се састоји у покушају раскида на основу оцене дужниковог понашања, односно испитивања да ли се дужниково понашање може подвести под појам раскидног разлога) неопходно имати на уму ову чињеницу. Ипак, несавршеност правних норми не може бити изговор да се правне норме не примењују,[32] те стога повериочево понашање, квалификовано као неосновани раскид мора бити санкционисано. Питање је на који начин то учинити.

Наиме, несумњиво је да увек постоји право дужника као жртве неоснованог раскида да захтева да уговорник (поверилац) који је покушао неосновано да прекине уговорни однос настави да извршава уговор.[33] Актера покушаја раскида (повериоца) свакако би требало

[32] Јожеф Салма, „Одговорност за изигравање права“, зборник радова, *Recueil des travaux*, Нови Сад 1 3/1984, 235.

[33] О праву на извршење као „основном“ праву које настаје тренутком закључења уговора вид. Lucinda Miller, *L’exécution forcée en nature des obligations*

обавезати и на накнаду трошкова судског контролног поступка.[34] Међутим, да ли ће друга страна (дужник као жртва неоснованог раскида) стећи право на раскид и на накнаду штете, требало би условити одређеним видом одговорности учиниоца покушаја раскида. Другим речима, доводимо у питање да ли таква одговорност повериоца постоји и у случају његове савесности.

Сматрамо да би приликом утврђивања последица неоснованих раскида требало правити разлику између ситуација када је поверилац био савестан, односно када је поступао несавесно. Стога, приликом одлучивања, уз остале критеријуме и смернице, суд би требало да узме у обзир и ову субјективну страну повериочевог понашања јер ће тек на тај начин моћи ваљано да сагледа учињену повреду уговора и да изрекне адекватне санкције.

Уколико је поверилац био несавестан то јест знао или морао знати да се дужниково понашање не може квалификовати као раскидни разлог, па упркос томе покушао да раскине уговор, такво понашање мора бити строже санкционисано. Ако је, пак, био савестан, сматрамо да не би били испуњени услови за настанак баш сваке од могућих последица повреде уговора, то јест дужнику као жртви неоснованог раскида тада не би требало признати право на раскид уговора и право на накнаду штете.

4. ЗАКЉУЧАК

У правним системима који прихватају режим вансудског раскида уговора због неизвршења, поверилац ће често закорачити у поље неоснованих раскида. Поведен широким овлашћењима, да сам процени испуњеност услова за раскид, па да само изјавом воље, без суда, уговор и раскине, поверилац може учинити повреду уговора. Уколико се накнадно у контролном судском поступку утврди да разлога за раскид није било, те да повериочева раскидна изјава није могла имати раскидно дејство, уговор ће остати на снази. Прецизније, уговор

contractuelles: observations de droit compare sur la notion d'execution, Regards comparatistes sur l'avant projet de reforme du droit des obligations et de la prescription, Paris 2010, 154.

34 Наиме, у случају неоснованих раскида, те вођења накнадних судских по ступака поводом испитивања основаности изјављене раскидне изјаве, свакако не би било оправдано да обавеза плаћања трошкова пада на страну која покреће поступак јер би у том случају дужници често и одустајали од њих, а повериоци то користили као погодан начин да се ослободе уговора, позивајући се на наводно неизвршење од стране свог уговорника. Вид. Muriel Fabre Magnan, *Termination of Contract: A Missed Opportunity for Reform*, Reforming the French Law of Obligations, Comparative reflections on the Avant projet de reforme du droit des obligations et de la prescription („the Avant projet Catala“), Oxford and Portland, Oregon, 174.

никада и није престајао да постоји, упркос повериочевом покушају да му учини крај.

Ипак, покушај напуштања уговора када за то нема услова мора бити санкционисан. Неспорно је да је поверилац повредио начело *pacta sunt servanda*, несумњиво је и учинио злоупотребу института раскида уговора, то јест овлашћења које му је законодавац дао самим режимом вансудског раскида.

Међутим, за сам чин санкционисања таквог повериочевог понашања, као и схватања неоснованог раскида као повреде уговора, сматрамо битним утврђивање тренутка када је поверилац изјавио да раскида уговор? У којој фази извршења својих обавеза је то учинио? Тачније, да ли је до тада уопште извршио нешто од својих обавеза, и ако јесте, у којој мери?

Ово сматрамо битним из разлога утврђивања последица које ће настати, а које ће представљати санкције за повериоца, а правна средства у рукама дужника. Поред општих услова који морају бити испуњени да би дужник стекао право на раскид уговора, право на накнаду штете, право да захтева испуњење уговора, као и накнаду трошкова поступка, питамо се да ли повериочева савесност има неки утицај на настанак поменутих последица.

По нашем мишљењу, чињеница да је поверилац био савестан у конкретном случају то јест да је заиста веровао да дужниково понашање представља разлог за раскид, те из тог разлога и саопштио дужнику да уговор раскида мора се посматрати одвојено од оних ситуација у којима је поверилац свестан да разлога за раскид нема, али се ипак позива на наводно неизвршење од стране дужника, покушавајући тако да оправда „бег“ из уговора који му више, из одређених разлога, не одговара.

Сматрамо да у случају повериочеве савесности не би били испуњени услови за стицање права дужника (као жртве неоснованог раскида и повреде уговора од стране повериоца) на раскид уговора и накнаду евентуално настале штете, а из разлога што је за настанак ових права од значаја и субјективна страна понашања, а која се у конкретном случају, огледа у савесности повериоца.

Dr Katarina Dolović

Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

THE EFFECT OF CREDITOR'S GOOD FAITH ON CONSEQUENCES OF UNFOUNDED TERMINATIONS OF CONTRACTS

Summary

The purpose of this paper is to draw attention to the problems caused in practice by the so-called unfounded terminations (wrongful unilateral termination; termination without cause) and to emphasize the need to create an integral practice with respect to their sanctioning. Unfortunately, the doctrine does not offer sufficient solutions to above mentioned problem, and certain rare attempts to theoretically explain this phenomenon remain in the shadow of individual judicial/arbitration disputes. Still, it seems that no major attempts were made in order to solve the problem on a conceptual level. The author argues that unfounded termination should be qualified as a breach of contract and suggests that the consequences resulting from such a breach should be more precisely defined. Furthermore, the author seeks the answer to the question whether the creditor's good faith affects the consequences of unfounded terminations, or, in other words, whether the creditor's bad faith makes a necessary condition for the emergence of certain consequences.

There is undoubtedly something wrong in the regime of unilateral termination of contract, especially because these terminations are often spoken of as „terminations at own risk".

Key words: *Unfounded termination.– Reason for termination, creditor's good faith.– Breach of contract.– Consequences of unfounded termination.*

УДК 343.195(44)

CERIF: S149

Мр Драгана Чворовић*

Вељко Турањанин**

УЛОГА ПОРОТЕ У ФРАНЦУСКОМ КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Крај XX века је показао да су скоро све европске земље доживеле не успех у сузбијању криминалитета. Услед тога, проучавајући упоредно право, законодавци су почели да траже правне институте како би успоставили нове механизме ефикаснијег решавања кривичних предмета. Као правни транс плантат који је заживео у скоро свим европским државама издваја се спо разум о признању кривичног дела, који у појединим неизбежно прати систем правог поротног суђења. Међу њима, Француска представља државу с дугом традицијом учешћа грађана у кривичним поступцима. У овој земљи поротно суђење се одвија дуже од двеста година, а настало је по угледу на енглески поротни суд. Међутим, као што је то случај и данас, готово је немогуће један правни институт преузети из једног законодавства и имплементирати у друго у истом облику, па је тако и поротни систем суђења доживео прилагођавања француском кривичном поступку. О том најбоље сведоче многобројни законски акти донети у међувремену, путем којих је порота доживљавала константне трансформације. У овом раду аутори обрађују више целина. Након уводних на помена о поротном суђењу објашњују положај и улогу поротника у кривичном поступку. Потом дају пресек њиховог положаја кроз развој овог типа суђења, да би после анализирали пороту према позитивном француском праву. Такође, кроз цео рад даје се и компаративна анализа појединих елемената овог облика суђења, а на крају су дата закључна разматрања у којима аутори на један ре зимирани начин сумирају резултате до којих су дошли у проучавању предметне проблематике.

Кључне речи: *Порота. Судија професионалац. Судија поротник. Францу ска. Кривични поступак.*

* Ауторка је асистент на Криминалистичко полицијској академији у Београ ду, *dragana.cvorovic@kpa.edu.rs*

** Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, *vturanjanin@jura.kg.ac.rs*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

„*Qu'est-ce qu'un jury, sinon un corps de citoyens choisis et appelés de manière à juger avec connaissance toutes les questions qu'il importe de résoudre*".

Опат Сјејес

Период великих реформских промена у кривичним процесним законодавствима широм европског континента, али и света, поред осталог одликује и различит положај окривљеног у кривичном поступку, који често зависи од састава суда. Наведено на леп начин илуструје сентенца да ако је окривљени крив за извршено кривично дело, боље је да му се суди пред англосаксонским судом, а уколико је невин, да му буде суђено пред континенталним судом.[1] Анализирајући судске поступке и даље се могу запазити велике разлике у системима решавања кривичних предмета, упркос све израженијим струјањима ка уједначавању законских прописа. На пример, неке државе базирају кривични поступак на поротницима, док друге уопште не познају овакав институт, а у трећим су заступљена оба решења. Такође, у једним државама се запажа стављање акцента на вођење поступка од стране суда, док је у другим овај орган поступка релативно пасиван, док је активност, а тиме и одговорност, препуштена странкама.[2]

У времену у коме је интересантно да се буде истраживач поротних система,[3] изучавање учешћа грађана у суђењу у кривичном процесном систему Француске посебно привлачи пажњу. Сматра се да је најинтересантнија карактеристика француског кривичног система борба с поротним суђењем, које је трпело промене у сваком заокрету у правној историји ове државе.[4] У питању је кривична порота, будући да пороту у парничним предметима француско право не познаје.[5]

[1] J. H. Merryman, R. Perez Perdomo, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford 2007, 127, наведено према: M. Jimeno Bulnes, „American Criminal Procedure in a European Context", *Cardozo Journal of International Law & Comparative Law* 21/2013, 409.

[2] W. Pizzi, *Trials Without Truth: Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Rebuild It?*, New York London 1999, 115.

[3] R. Lempert, „The Internationalization of Lay Legal Decision Making: Jury Resurgence and Jury Research", *Cornell International law Review* 40/2007, 487.

[4] A. Esmein, *A History of Continental Criminal Procedure with Special Reference to France*, New Jersey 2000 (предговор књиге).

[5] W. Forsyth, *History of Trial by Jury*, Jersey City 1875, 310. Међутим, треба обратити пажњу на чињеницу да је француско судство организовано на не тако једноставан начин. Наиме, на једној страни постоје судови који пресуђују кривичне и парничне предмете, а на другој административне. Када су у питању трговински

Упркос чињеници да је проценат кривичних предмета које решава поротни суд у англосаксонским земљама опао последњих година,[6] пре свега захваљујући алтернативним начинима њиховог решавања и споразуму о признању кривичног дела, упечатљив је број држава које су инкорпорисале у свој правни систем одређен облик учешћа грађана у суђењу, или макар воде озбиљне расправе о том питању.[7] Примера ради, то је случај са Шпанијом,[8] Аргентином, Венецуелом, Јапаном, Корејом, Русијом,[9] земљама Балкана, које према важећим законима имају или чист поротни систем, или пак мешовити. Увођење лаика у кривични поступак у појединим државама уследило је након успешних (у Француској), или чак неуспешних (у Немачкој), револуција.[10] Порота је у француском законодавству настала по угледу на енглеску, у периоду када су ове обе успешне и експанзивне монархије трпеле велике промене[11] и под утицајем адвоката и интелектуалаца пре и после Револуције,[12] а захваљујући пре

спорови, њих пресуђују тројица поротника, без професионалног судије, али им у томе помаже лице које поседује правничко знање, тзв. *greffier*. J. Bell, *Judiciaries within Europe: A Comparative Review*, Cambridge 2006, 44 89.

6 Као што смо навели, поротно суђење је деценијама представљало основ ни метод решавања кривичних предмета у англо америчком правном систему. Међутим, последњих година је доживео пад, пре свега због чињенице да све више и више тужиоци преузимају од судија главну функцију у суђењу, затим због повећања трошкова кривичног поступка, услед чега се решење тражи у алтернативним на чинима решавања спора, пре свега споразумом о признању кривице. Такође, у овом правном систему је од знатног утицаја на пад поротног суђења и увођење смерница за кажњавање, које га чини мање атрактивним по окривљене, јер учвршћује моћ ту жиоца да предмет реши кроз споразум о признању кривице. Илустрације ради, пре ма истраживању број поротних суђења за период од 1976. до 2002. године бележи пад од 15% (1976. године одржавана су 52 поротна суђења на сваких 1000 случајева, док је 2002. године одржавано свега 22 према 1000). Вид. V. Hans, „The Twenty First Century Jury: Worst of Times or Best of Times"?, *Criminal Law Brief* 1/2006, 3.

7 V. Hans, „Jury Systems around the World", *Cornell Law Faculty Publications* paper 305/2008, 276.

8 Вид. В. Турањанин, „Поротни систем у Шпанији", *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. Б. Влашковић), Правни факул тет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2013, 172 223.

9 Вид. В. Турањанин, „Увођење адверсарног система у Русији кроз приказ два најважнија института: пороту и споразум о признању кривице", *Гласник права* 3/2011, 65 81; V. Turanjanin, „European Systems of Jury Trials", *US China Law Review* 2/2015, 195 207.

10 S. Thaman, „The Nullification of the Russian Jury: Lessons for Jury Inspired Reform in Eurasia and Beyond", *Cornell International Law Journal* 40/2007, 361.

11 J. Masschaele, *Jury, State, and Society in Medieval England*, New York 2008, 1.

12 S. Mandiberg, „Why Sentencing by a Judge Satisfies the Right to Jury Trial: A Comparative Law Look at *Blakely* and *Booker*", *McGeorge Law Review* 40/2009, 124. Тако, Волтер је сматрао да Француска треба да преузме модел енглеске пороте, јер

свега британском империјализму.[13] Међутим, њен развој је кренуо другачијим путем у односу на енглеску верзију, па је у Француској настао мешовити поротни суд, састављен од судија поротника и професионалних судија, који је проучаван и имплементиран у многобројна законодавства на европском континенту.[14]

2. ВРСТЕ СУДОВА У ФРАНЦУСКОЈ (КРАТАК ОСВРТ)

У француском законодавству заступљена је тродеоба кривичних дела, и то на прекршаје (*contraventions*), преступе (*delits*) и злочине (*crimes*), а свака од ових категорија је, даље, подељена у класе: *A1*, *A2*, *B*, *C*, *D* и класу *E.*[15] *За сваку врсту кривичних дела надлежна је посебна врста судова, па је тако за прекршаје надлежан полицијски суд (tribunal de police*), за преступе поправни суд (*tribunal correctionnel*), док је за злочине надлежан поротни суд (*Cour d'assises*). Ова трипартиција датира још из Наполеоновог времена, то јест од доношења Кривичног законика 1810. године и Законика о кривичном поступку 1808. године (*Code d'Instruction Criminelle*).[16] Полицијски суд је, према томе, надлежан за најлакша кривична дела, док је поправни суд надлежан за дела за која се може изрећи казна затвора до десет година. Поротни суд је, на основу тога, надлежан за она кривична дела за која се може изрећи казна затвора преко десет година.[17] Будући да је двостепеност загарантована Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, француски законодавац је омогућио право на преиспитивање одлуке првостепеног суда од стране суда више инстанце, па тако поред ових су-

док је енглески кривични поступак био усмерен ка заштити окривљеног, дотле је француски био наклоњен његовом уништењу. W. McDonald, *Criminal Prosecution and the Rationalization of Criminal Justice Final Report*, 1991, 51.

13 Сматра се да је британски империјализам кључна детерминанта у ширењу поротног система широм света, јер је захваљујући њему поротни систем проширен на француско и америчко тло, одакле се промовише кроз цео свет. R. Vogler, „The International Development of the Jury: the Role of British Empire", *Revue Internationale de droit pénal* 1/2001, 525.

14 J. Langbein, „The English Criminal Trial Jury on the Eve of the French Revolution", *The Trial Jury in England, France, Germany* (eds. A. P. Schioppa), Berlin 1987, 13.

15 Вид: *Guide à l'intention des accusés*, Une Publication de Barreau de la ville de New York et de L'association des avocats du comté de New York, New York, 1999, 9 10, *http://www.nycourts.gov/litigants/crimhand french.pdf*, 24. јун 2014.

16 E. Tomlinson, „Nonadversarial Justice: the French Experience", *Maryland Law Review* 42/1983, 142.

17 В. Бајовић, *Споразум о признању кривице упоредно правни приказ,* Бео град 2009, 152.

дова постоје и два жалбена суда, и то апелациони суд (*Cour d'appel*), као суд више инстанце за полицијски и поправни суд, као ниже судове, и Касациони суд (*Cour de cassation*), који одлучује о правним, а не чињеничним питањима. У њему је постојало посебно одељење за жалбе на пресуде поротног суда, до установљења посебног поротног суда за ту сврху.[18]

Иначе, јавни тужилац (*le ministèr public*) се у Француској води начелом целисходности (опортунитета) кривичног гоњења, па законодавац не обавезује тужиоца да мора покренути поступак пред судом сваки пут када има довољно доказа да је неко лице извршило кривично дело. Он прима кривичне пријаве и сам одлучује шта да ради с њима, тако да, дакле, није обавезан да покрене кривични поступак ни у случају када има довољан квантум доказа за тај корак.[19] Постојеће статистике показују да се тужилац не одлучује често да покрене редован кривични поступак, већ да чак 50–80% кривичних предмета заврши на неки други начин,[20] док се покренути поступци релативно брзо окончају.[21]

3. РАЗВОЈ ФРАНЦУСКОГ ПОРОТНОГ СИСТЕМА

Поротни систем суђења у Француској настао је на идејама Буржоаске револуције 1791. године, у таласу просветитељских идеја прожетих оптимизмом о улози грађана-лаика у суђењу, који представљају правду и друштво,[22] народни суверенитет[23] и паладијум слобо-

18 О врстама судова и њиховим надлежностима погледати опширније у: М. Матић, „Правосудни систем Француске", *Увод у право Француске*, Београд 2013, 139 157.

19 Чл. 40. Законика о кривичном поступку Француске ЗКП, (*Code de procédure pénale*, *2000 516 of 15 juin 2000, Official Journal of 16 June 2000)*, са Законима о изменама и допунама из 2004. године, 2009. године и 2011. године: *Loi n^{o} 2004 204 du 9 mars 2004 art. 137 JORF 10 mars 2004 en vigueur le 1er octobre 2004*, Loi *n^{o} 2009 526 du 12 mai 2009 art. 129*, *Loi n^{o} 2009 1436 du 24 novembre 2009 art. 93* и *Loi n^{o} 2011 1862 du 13 décembre 2011 art 27*).

20 Y. Ma, „Prosecutorial discretion and plea bargaining in the United States, France, Germany and Italy: a comparative perspective", *International Criminal Justice Review* 12/2002, 31.

21 G. Van Kessel, „Adversary Cecesses in the American Criminal Trial", *Notre Dame Law Review* 67/1993, 474.

22 D. Vernier, *Jury et démocratie: une liaison fructueuse? L'exemple de la cour d'assises française*, Cachan 2007, 34.

23 S. Geoffroy Poisson, L'infanticide devant la cour d'assises de la Haute Marne au XIX^{e} siècle, *Les Cahiers du Centre de Recherches Historiques* 35/2005, *http://ccrh.revues.org/3032#text*, 15. јул 2014. Овде је интересантно споменути да се сматра да су још Нормани на тлу Француске имали поротно суђење пре освајања Енглеске 1066.

де[24] у процесу демократизације друштва.[25] Порота је у законодавство имплементирана законом од 16 до 29. септембра наведене године,[26] а у овом периоду установљена су и основна правила и принципи који су важили наредни век и по. Међутим, одређене основе учешћа грађана у суђењу проналазе се још у феудалном периоду, што поједини аутори сматрају за иницијални корак ка широком успостављању поротног система у свету.[27] Године 1791. донет је нов Кривични законик, поново су ступили у примену поједини правни институти који су већ раније постојали,[28] установљен је јавни, усмени и адверсарни кривични поступак, и установљене су две врсте пороте: оптужна (*jury d'accusation*) и судећа порота (*jury de jugement*). С тим у вези, треба истаћи да се „наспрам" судеће пороте налазио председник и трочлано веће професионалних судија, а да је назив тако сачињеног суда био окружни суд за злочине (*le tribunal criminel départemental*). Будући да Уставом из 1791. године није било предвиђено да порота представља отеловљење народног суверенитета, она се посматра као веза између људи и правде, и као инструмент контроле над судијама.[29] Очекивано, поротници су били утицајни грађани, бирани од стране политичара.[30] Судећа порота се изјашњавала о томе да ли је окривљени крив, а њена одлука је представљала основ за примену права. На основу њихових закључака, судије професионалци су примењивали правне прописе и доносили одлуку.[31, 32]

године. H. Janin, *Medieval Justice: Cases and Laws in France, England, and Germany, 500 1500*, North Carolina 2004, 175.

24 J. Pradel, „Les méandres de la Cour d'assises française de 1971 à nos jours", *R. J. T.* 32/1997, 140.

25 D. Tait, „Glass Cages in the Dock?: Presenting the Defendant to the Jury", *Chicago Kent Law Review* 86/2011, 472; C. Gissinger Bosse, La participation du public: de la démocratie participative aux jurys populaires en procès d'assises, *www.participation et democratie.fr/,* 15. јул 2014.

26 W. Forsyth, 296.

27 V. Hans, C. Germain, „The French Jury at a Crossroads", *Chicago Kent Law Review* 2/2011, 739; F. Maitland, F. Pollock, *The History of the English Law Before the Time of Edward I*, vol. I, Cambridge 1898, 141 144; J. Whitman, *The Origins of the Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*, London 2008, 134.

28 J. Hodgson, *French Criminal Justice A Comparative Account of the Investigation and Prosecution of Crime in France*, Oregon 2005, 14.

29 V. Maggio, *Le jury de Cour d'assises*, Marseille 2006, 14; W. Roumier, *L'Avenir du Jury Criminel*, Paris 2003, 46.

30 V. Hans, C. Germain, 740.

31 Иначе, у савременим адверсарним системима порота решава чињенична питања, док су професионалне судије надлежне за правна питања. J. Israel, „Cornerstones of the Judicial Process", *University of Michigan Law School* 2/1993, 12.

32 J. Donovan, *Juries and the Transformation of Criminal Justice in France in the Nineteenth & Twentieth Century*, North Carolina 2010, 34.

Систем је, међутим, лоше функционисао. Поротно суђење је одликовала велика бескрупулозност и сентиментална реторика тужиоца, уз пристрастан и непријатељски метод испитивања сведока од стране судије професионалца, што је имало за последицу окретање пороте против окривљеног. Поротници су, с једне стране, у политичким процесима били лако изманипулисани од стране елите, не нудећи никакву посебну заштиту од злоупотреба, док су с друге, били попустљиви приликом доношења пресуда.[33] Проценат ослобађајућих пресуда био је изузетно висок,[34] будући да су поротници у мноштву случајева ослобађали окривљеног, упркос чињеници да су били уверени у његову кривицу, али су истовремено сматрали да су казне сувише строге.[35]

Поротни систем суђења се постепено развијао током Наполеонове владавине, али након почетног ентузијазма уследило је разочарење. Политичка превирања су негативно утицала на поротни систем, док су судије критиковане као сувише благе и пристрасне, услед чега је Наполеон био принуђен да ограничи њихову надлежност (по неким ауторима, то је учинио и због тога што се плашио пороте[36]), која је и поред тога остала широка.[37] Основна тенденција у то време била је да се за сав неуспех у кривичним поступцима окриви систем поротног суђења, па се, пре кодификације, већи број питања о којима је Наполеон расправљао односио на пороту.[38] Наполеон је установио и специјалне судове (*cours spéciales*), састављене од судија професионалаца, који су судили политичке и друге кривичне предмете за које се веровало да у тим поступцима грађани не би донели исправну одлуку. Под јурисдикцију специјалних судова улазила су и кривична дела разбојништва и подметања пожара, те дела за која би порота могла донети ослобађајућу пресуду услед страха од одмазде.[39]

---

33 W. Savitt, „Villanious Verdicts? Rethinking the Nineteenth Century French Jury“, *Columbia Law Review* 96/1996, 1027 1029.

34 H. Manheim, „Trial by Jury in Modern Continental Criminal Law“, *The Law Quarterly Review*, CCXI/1937, 397. Благост пороте је била карактеристика и енгле ског модела. T. Olson, „Of Enchantment: The Passing of the Ordeals and the Rise of the Jury Trial“, *Syracuse Law Review* 50/2000, 174.

35 D. Jonas Freed, „Aspects of French Criminal Procedure“, *Louisiana Law Review* 4/1957, 745; J. Donovan, „Magistrates and Juries in France, 1791 1952“, *French Historical Studies* 3/1999, 387.

36 S. Baldwin, *The French Jury System*, Michigan Law Review 7/1904, 597.

37 J. Donovan (2010), 23.

38 M. Ploscowe, „Development of Inquisitorial and Accusatorial Elements in French Procedure“, *Journal of Criminal Law and Criminology* 23/1932, 379.

39 J. Donovan (2010), 38 39.

Ера владавине Бурбона означила је нове промене у кривичном процесном законодавству Француске, међу којима се истиче процес корекционализације[40] и рекласификација кривичних дела на лакша и тежа услед претеране ригидности и застарелости постојећих правила, при чему за лакша више није судила порота.[41] Године 1830. порота је добила шира овлашћења, будући да је сада могла да одлучује и о правним питањима, на тај начин што би јој судија професионалац на најједноставнији начин објаснио како треба да примени право и сумирао чињенице. Две године касније порота је добила овлашћење да узима у обзир олакшавајуће околности, а 1881. године избачено је сумирање чињеница пороти од стране судије професионалца.[42]

У Вишијевској Француској, установа пороте је такође претрпела промене. Законом из 1941. године коначно је установљено правило да поротници и судије професионалци заједно одлучују о кривици и казни за окривљеног, а овакав, мешовити тип пороте постао је познат као *echévinage*. Коначно, дакле, изменама закона током Другог светског рата, поротници су добили иста права као судије професионалци. Судило је шест поротника заједно с тројицом судија професионалаца, тако да је професионалним судијама било неопходно да придобију за своју одлуку свега двоје поротника како би донели

[40] До почетка 90 их година XX века постојали су различити начини решавања поступака, који су имали сличности са споразумом о признању кривичног дела. Пре свега, и у Француској се прави подела кривичних поступака на сумарне и редов не. У сумарном поступку, тужилац подиже оптужницу непосредно на основу дока за прикупљених у преткривичном поступку и доставља је одговарајућем суду, који на основу тога заказује рочиште на коме оптужени може да призна кривицу, након чега му судија одмах изриче пресуду. Међутим, уколико се оптужени изјасни да није крив, судија ће да закаже главни претрес на коме изводи остале доказе. У овом по ступку нема истраге, па тужилац, дакле, подиже непосредну оптужницу. Редован поступак захтева истрагу, те због тога дуго траје и захтева велика материјална сред ства. Како би избегао овај поступак, тужилац је користио тзв. корекционализацију (*correctionalization*). В. Бајовић, 153. Корекционализација представља технику помоћу које тужилац извршено теже кривично дело квалификује као лакше како би водио кривични поступак пред поправним судом. Наиме, навели смо да се у Француској злочини воде пред поротним судом, па би користећи технику корекционализације тужилац злочине преквалификовао као преступе како би поступак водио пред по правним судом. Техника корекционализације је представљала својеврстан пандан америчком споразуму о признању кривице. Судска, односно тужилачка пракса је створила корекционализацију, јер су постојале такве ситуације да оптуженом није било потребно изрећи тежу казну због извршеног кривичног дела, али није било за конске могућности да се поступак води пред поправним судом. На овај начин тужи лац би, оценивши све околности извршеног кривичног дела, оптужио извршиоца за мање озбиљно кривично дело како би оптужени избегао тежу казну, али и поротно суђење. Y. Ma, 32.

[41] V. Hans, C. Germain, 744; J. Donovan (2010), 56 57.

[42] F. Grophe, „Reforms of the Jury System in Europe: France and Other Continental Countries“, *Journal of Criminal Law and Criminology* 2/1936, 155 156.

одлуку по својој жељи.[43] Иначе, поротници су се бирали са листе француских држављана, који су најмање тридесет година старости, и поседовали пуна грађанска и политичка права. Пошто је на овај начин дошло до знатног пооштравања казнене политике пороте, изменама закона из 1945. године број поротника је повећан на седам,[44] а према позитивним законским решењима, у кривичном поступку суди поротни суд састављен од девет судија поротника и троје судија професионалаца (чл. 296 ЗКП-а).

4. ПОРОТНО СУЂЕЊЕ И ПОЗИТИВНОПРАВНА ПРАВИЛА

4.1. Састав поротног суда

Као што је наведено, поротни суд је, по енглеском моделу, имплементиран у француско законодавство 1791. године. Поротни суд суди за кривична дела која су запрећена казном затвора од најмање десет година, а као најчешћа дела која се суде пред поротом наводе се убиство, силовање и разбојништво, док су мање заступљена кривична дела киднаповања, фалсификовања, тероризма и кривична дела против човечности.[45] Иначе, то није сталан суд, него заседа повремено.[46] Састоји се од троје судија (председника већа и двоје судија /*assesseurs*/) и девет поротника који, према позитивним законским решењима, заједно одлучују како о кривици окривљеног тако и о кривичној санкцији. Међутим, поред деветорице поротника обично се бирају и два допунска поротника (*jurés suppléants*),[47] као што у појединим системима постоји могућност избора допунских судија. Поротници, за разлику од судија, немају приступ списима из истраге, тако да њихово мишљење о кривичном предмету почива на доказима који буду изведени пред њима.[48] Глас поротника је по вредности изједначен с гласом судије, а да би нека чињеница била утврђена на

---

43 M. Ancel, J. Verin, „France", *The American Journal of Comparative Law* 2/1973, 264; V. Hans, C. Germain, 745 746; J. Donovan (2010), 167.

44 Интересантно је приметити да женама није била пружена могућност да буду поротници све до 1944. године. V. Hans, C. Germain, 745 747; J. Donovan (2010), 168 169, 178. D. Jonas Freed, 745.

45 R. Lettow Lerner, „The Intersection of Two Systems: An American on Trial for an American Murder in French Cour D'Assises", *University of Illinois Law Review* 3/2001, 804.

46 M. Матић, 141; M. Bonnieu, „The Presumption of Innocence and the Cour d'assises: Is France Ready for Adversarial Procedure"?, *Revue Internationale de droit pénal* 1/2001, 559.

47 M. Bonnieu, 564.

48 B. McKillop, „Review of Convictions after Jury Trials: The New French Jury Court of Appeal", *Sydney Law Review* 28/2006, 344.

штету окривљеног неопходна је већина од најмање шест гласова (чл. 359 ЗКП-а).[49]

4.2. Избор поротника и поступак пред поротним судом

Да би неко лице могло бити поротник, треба да испуни одговарајуће услове. Пре свега, мора да буде држављанин Француске, да има најмање двадесет и три године, да зна да чита и пише француски језик и ужива пуна политичка, грађанска и породична права, те да не постоји ниједан разлог због којег не би могао да буде поротник (чл. 255 ЗКП-а). Бирају се међу лицима која испуњавају услове да обављају ту функцију, али треба да буду репрезентативан узорак народа у конкретном департману.[50] За разлику од појединих европских држава, попут Немачке и Србије, поротници у Француској не постају „чланови суда". За време трајања функције, они седе одвојено од професионалних судија.[51]

На почетку главног претреса, у судницу прво улазе професионалне судије, након чега службеник позива поротнике да уђу и заузму своја места. Потом суд утврђује разлоге недоласка одсутних поротника, а у случају неоправданог изостанка са суђења суд таквом лицу може изрећи новчану казну од 3.750,00 евра (чл. 288 ЗКП-а). Кривични поступак пред поротом је јаван (чл. 293 ЗКП-а). Првостепени поступак се води пред дванаесточланим судским већем, које чини троје професионалних судија и девет поротника. Немогућност неког од поротника да присуствује целом главном претресу доводи до његове замене допунским поротником (чл. 296 ЗКП-а). Имена поротника се добијају случајним избором – извлачењем. Законодавац је одредио да тужилац и окривљени могу изабрати до законом одређеног броја, што значи да, рецимо, у првостепеном поступку окривљени може изабрати пет поротника, али може и мање. Цео овај поступак је изузетно кратак и не траје, по правилу, дуже од десет минута, што доприноси ефикасности и уштеди финансијских и временских ресурса.[52]

Главни претресе одликују превасходно три начела: јавности, истине (које је, између осталог, оваплоћено у дискреционој моћи председника већа да, по својој савести и части, предузме било коју меру корисну за откривање истине (чл. 310 ст. 1 ЗКП-а), те непо-

[49] Одредба чл. 359 у оригиналу гласи: *Toute décision défavorable à l'accusé se forme à la majorité de six voix au moins lorsque la cour d'assises statue en premier ressort et à la majorité de huit voix au moins lorsque la cour d'assises statue en appel.*

[50] M. Bonnieu, 562.

[51] V. Hans (2008), 279. Детаљније о избору поротника, са субјективне стра не: André Marcel d'Ans, „La Cour d'assises en examen. Réflexion témoignage d'un juré sociologue", *Droit et Société* 54/2003, 410 412.

[52] R. Lettow Lerner, 826 827.

средности. Јавни тужилац и бранилац могу директно да постављају питања окривљеном, оштећеном или сведоку (чл. 312 ЗКП-а), док судије, поротници, окривљени и оштећени своја питања постављају посредством председника већа (чл. 311 ЗКП-а).[53] Међутим, при постављању питања поротници не смеју ни на који начин да покажу своје мишљење (чл. 311 ЗКП-а).[54]

Након завршетка доказног поступка председник већа чита питања на која суд и порота треба да одговори, с тим што бранилац и окривљени могу да се одрекну овог права (чл. 348 ЗКП-а). Спис конкретног кривичног предмета се чува код судског службеника, а у случају да је неопходно да у соби за доношење одлуке поново погледају један или више докумената, председник већа ће наредити доношење списа, који отвара у присуству тужиоца, браниоца и оштећеног (чл. 347 ЗКП-а). Питања на која треба одговорити се формулишу прецизно,[55] а постављају се за сваку тачку оптужнице. Посебна питања се постављају за сваку отежавајућу околност, те када постоји законска могућност за ублажавање или ослобођење од казне (чл. 349 ЗКП-а). Собу за доношење одлуке порота може да напусти тек након што исту донесе.[56]

Судије и порота већају и гласају писмено на посебним листићима, прво о главном питању о кривичном делу, а потом, уколико је то неопходно, о неодговорности за дело, о отежавајућим околностима, те о сваком елементу који представља основ за ублажавање или ослобођење од казне (чл. 356 ЗКП-а).[57, 58] Председник већа по

[53] Овакво решење смањује могућности поротницима у утврђивању чињеница конкретног случаја, због чега је критиковано у пракси. S. Mandiberg, 128.

[54] Ово представља реткост у системима који познају поротно суђење с порот ницима који седе одвојено од професионалних судија. Један од најочигледнијих при мера за то је поротни систем какав постоји у Сједињеним Америчким Државама.

[55] На ова питања се мора одговорити у складу с њиховим редоследом, а који председник већа прави у складу са ЗКП ом, којим је дат и пример како треба фор мулисати питање, попут: да ли је оптужени крив за извршење дела? (чл. 349 ЗКП а). Тако и у: M. Bonnieu, 565.

[56] Пре него што уђу у собу за већање и гласање, председник већа наглашава поротницима да законски нису ограничени правилима уз помоћ којих ће извести адекватност доказа, већ се од њих захтева да у тишини и размишљању, у искрено сти своје савести, изведу закључак о кривици на основу доказа тужиоца и одбране; законодавац од њих тражи одговор на само једно питање које обухвата пун обим поротничких дужности да ли су уверени у своју одлуку (чл. 353 ЗКП а).

[57] Реформом кривичног процесног законодавства из 2000. године, председник већа је добио обавезу да нарочито нагласи питања која воде ослобођењу од казне, а која су истакнута од стране одбране у поступку. V. Dervieux, „The French System“, *European Criminal Procedures* (eds. M. Delmas Marty, J. R. Spencer), Cambridge 2002, 248.

[58] Гласање се одвија на тај начин што сваки судија и поротник добија гласач ки листић с печатом суда, на коме пише: „Под мојом чашћу и савешћу, сматрам да је одговор...“. Одговор може да буде само *да* или *не*, а док одговарају, судија и порот

завршеном гласању пребројава гласове у присуству судија и пороте који га на тај начин контролишу. Непопуњени папири се рачунају у корист окривљеног, а сви се спаљују након завршеног пребројавања (чл. 358 ЗКП-а). Да би нека околност била утврђена на штету окривљеног, неопходно је постојање најмање шест гласова у првостепеном поступку, односно осам у поступку по жалби (чл. 359 ЗКП-а). У случају да дело за које се окривљени гони није кривично дело, или није више у том моменту кривично дело, те ако се докаже да окривљени није крив, суд доноси ослобађајућу пресуду (чл. 363 ЗКП-а). Међутим, ако утврди да је окривљени крив за кривично дело, прелази се на ново гласање, где се гласа за врсту и висину кривичне санкције. Да би одређена казна била изречена, неопходна је обична већина (седам гласова), с тим што максимална затворска казна може бити изречена само уколико за то постоји шест гласова у првостепеном, а осам у другостепеном поступку. Уколико се након два круга гласања не добије већина за неку казну, тада се у трећем кругу отклања највећа предложена казна у претходним круговима, и тај принцип важи све до момента када се не дође до већине за одређену казну (чл. 362 ЗКП-а).[59]

4.3. Проблем образложења пресуде

Поротни суд може донети пресуду само након одржаног јавног и усменог главног претреса. Другим речима, пресуда мора бити базирана на саслушању окривљеног, те сведочењима оштећеног, сведока и вештака,[60] а доноси се без образложења, на основу свести о чињеничном супстрату и гласи само да ли је окривљени крив или не за извршено кривично дело (*intime conviction*).[61] Међутим, пажњу

ник пазе да нико не види њихов одговор. Након тога, папир се доставља председни ку већа, који га одлаже у посебну кутију донету за ту сврху (чл. 357 ЗКП а). Овакав систем гласања је готово непромењен већ деценијама. Вид. D. Jonas Freed, 750 751; M. Ploscowe (1932), 390. Но, није реткост да поротници одговоре и детаљније на постављено питање.

[59] У теорији се наглашава да се кривица не може свести само на математичку дедукцију и збрајање гласова, те да порота никада не може са сигурношћу знати да ли је окривљени крив или не, већ се то препушта индивидуалном вредновању свих околности и чињеница случаја, али се законодавац ипак кроз историју францу ске пороте држи тог система. О томе: A. Gelfand, H. Solomon, „A Study of Poisson's Model for Jury Verdicts in Criminal and Civil Trials", *Journal of the American Statistical Association* 342/1973, 271.

[60] Као један од аргумената којим је поткрепљиван став законодавца наводило се да је оваква пресуда израз воље народа и самим тим, она није требало да буде преиспитивана, док се томе супротстављао став да је у супротности с праксом Ев ропског суда за људска права немогућност преиспитивања првостепене пресуде, без обзира што је у питању поротна. M. Bonnieu, 565 571; V. Hans, C. Germain, 758.

[61] H. Leclerc, *L'intime conviction du juge: norme démocratique de la preuve*, Le for intérieur, CURAPP, Paris 1995, 206 213. О томе шта психички проживљава по

у Француској привукао је случај *Такскеј (Taxquet) против Белгије*[62], када је суд заузео став поводом питања образложења пресуде донете од стране пороте. Првобитно, суд је стао на становиште да пресуда коју донесе порота мора да садржи образложење, али након чега је у новој пресуди заузео потпуно супротно становиште. Према њој, Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода се не захтева од пороте да даје разлоге за своју одлуку, чиме не долази до повреде чл. 6 Конвенције.[63] Све што је неопходно јесте да оптужени и јавност разумеју пресуду, што представља неопходно обезбеђење против арбитрарности.[64] Ипак, опоменути

ротник у доношењу пресуде погледати истраживање у докторској дисертацији базирано на мноштву интервјуа с бившим поротницима: C. Gissinger Bosse, *Vers une conversion démocratique: analyse du dispositif de parole de la cour d'assises*, Strasbourg 2012.

[62] *Taxquet v Belgium*, App. No. 926/05, пресуде Европског суда за људска права од 13. јануара 2009. и 16. новембра 2010, *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i 001 101739#{%22itemid%22:[%22001 101739%22]}*, 18. мај 2014. Када је ова пресуда у питању интересенатно је споменути њен утицај на национално законодавство Белгије. Наиме, првобитна пресуда Европског суда је гласила на штету Белгије, јер је суд заузео став да је повређен чл. 6 Конвенције, те да пресуда коју доносе порота мора имати образложење. Након тога, белгијски законодавац је реаговао и унео у законодавство одредбу по којој је порота дужна да формулише основне разлоге за своју одлуку. О том опширније: S. Thaman, „Should Criminal Juries Give Reasons for Their Verdicts?: The Spanish Experience and the Implications of the European Court of Human Rights Decision in *Taxquet v. Belgium*", *Chicago Kent Law Review* 2/2011, 624; A. Doobay, *The right to a fair trial in the light of the recent ECtHR and CJEU case law*, ERA Forum, 2013; В. Турањанин, М. Воштинић „О појединим тешкоћама у примени новог Законика о кривичном поступку Србије", *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (ур. С. Бејатовић), Златибор 2014, 466 481. Међутим, након тога Европски суд је стао на потпуно супротно становиште.

[63] Иначе, предмет разматрања Европског суда за људска права је и пре тога било питање образложења пресуде, и то управо у вези са француским законодавством. Суд је том приликом заузео становиште да је пресуда у довољној мери образложена када су у њој наведени одговори на питања која је поставио председник поротног суда, те опис утврђених чињеница и чланови Кривичног закона. Тиме је Европски суд већ тада стао на становиште да одређеност питања представља замену за образложење пресуде. Погледати: *Papon v France*, App. No. 54210/00, пресуда Европског суда за људска права од 25. јула 2002, *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i 001 60633#{„itemid":[„001 60633"]}*, 17. мај 2015. За више о овом питању погледати: Г. П. Илић, „Право на образложену судску одлуку", *Crimen* 2/2011, 227 244.

[64] Иначе, на тај начин је Европски суд само потврдио своју одлуку из 1999. године, када је заузео став да суд компензира недостатак образложења пресуде прецизно одређеним питањима и одређивањем правца поротницима на који начин треба да се креће њихово одлучивање, па самим тим одлука коју донесе порота без образложења сама по себи не мора да буде супротна Конвенцији о заштити људских права и основних слобода. J. Jackson, N. Kovalev, „Lay Adjudication and Human Rights in Europe", *Columbia Journal of European Law* 13/2006, 116; пресуда

белгијским искуством, француски судови су започели пионирске подухвате у доношењу образложених пресуда, и то путем што већег броја питања на која поротници треба да одговоре. На основу тога се добија одговарајућа слика о разлозима који су пороту одвели ка конкретној одлуци.[65] Практично питање које се поставило било је да ли је могуће да председник већа, у тешким и компликованим предметима, развије толико детаљан списак питања да се добије одговарајуће образложење, а тежиште одговора је ка негативном.[66]

Ово питање било је и предмет разматрања Уставног савета, који је донео одлуку којом је превагу однела необразложена пресуда, заузимајући становиште да се *intime conviction* базира на доказима и аргументима изведеним на главном претресу, а да се брана против арбитрарности проналази у прецизном формулисању списка питања и начину гласања. Суд је напоменуо да порота није само кривичнопроцесни него и политички избор, јер комбинација професионалних судија и лаика гради политички уравнотежено тело,[67] чији би баланс био неизбежно поремећен уколико би од поротника захтевало да образложе пресуду.[68] Као један од предлога, издваја се могућност да професионалне судије, уколико се слажу с одлуком поротника, направе нацрт образложења пресуде, а када се не слажу, да издвоје своје мишљење о предмету, које евентуално може послужити другостепеном суду.[69]

4.4. Жалбени поротни суд

У француском кривичном процесном законодавству је дуги низ година постојао само жалбени суд за ниже судове, док на пресуде које донесе поротни суд није постојала виша инстанца која би била састављена такође од поротника. Међутим, сама идеја увођења жалбеног поротног суда није нова.[70] Овакво поступање законодавца било је мета честих критика, јер је прављена разлика између пресуда за мање озбиљна кривична дела где је жалба била дозвољена, и оних које је доносио поротни суд.[71] Међутим, и тада је постојало

Saric v. Denmark, *http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i 001 21998#{%22itemid%22:[%22001 21998%22]}*, 12. јул 2014.

[65] V. Hans, C. Germain, 763.

[66] V. Hans, C. Germain, 763.

[67] S. Kutnjak Ivković, „An Inside View: Professional Judges' and Lay Judges' Support for Mixed Tribunals“, *Law & Policy* 2/2003, 95.

[68] V. Hans, C. Germain, 763. Одлука Уставног суда се може пронаћи на адреси: *http://www.conseil constitutionnel.fr/conseil con..on n 2011 113 115 qpc du 01 avril 2011.95621.html*, 15. јул 2014.

[69] J. Jackson, N. Kovalev, 116.

[70] J. Pradel, 135.

[71] M. Bonnieu, 560.

посебно одељење у Касационом суду, коме су тужилац и окривљени могли да уложе жалбу, али искључиво због правних разлога. Наведено одељење није преиспитивало чињеничну страну пресуде нити питање кривице и казне. Године 2000. изменама законског текста имплементиран је Жалбени поротни суд у оквиру Касационог суда (*Cour d'assises d'appel*).[72] Приликом његовог успостављања наглашено је да то неће бити традиционални француски жалбени суд, који може да потврди, укине или измени првостепену пресуду, већ суд који ће поново да преиспита комплетан предмет без узимања у обзир ранијег главног претреса.[73] У жалбеном поротном суду налази се нешто већи број поротника у односу на првостепени суд, док је број професионалних судија остао непромењен, па се суд састоји од троје професионалних судија и дванаест поротника (чл. 296 ЗКП-а).

Право на жалбу је широко постављено, те припада тужиоцу, окривљеном, оштећеном, као и сваком лицу којем је повређен његов одређен грађански интерес (чл. 382 ЗКП-а). Да би нека чињеница у жалбеном поступку била утврђена на штету окривљеног неопходна је већина од најмање осам гласова (чл. 359 ЗКП-а). Одлука другостепеног суда, који је везан начелом *reformatio in peius*, може бити двојака: потврђивање првостепене пресуде или њено укидање и одређивање новог поступка пред поротом у другом саставу (чл. 610 ЗКП-а).

На крају, статистички посматрано, годишње се пред овим судом води приближно једнак број поступака. Тако, према последњим сређеним подацима, 2006. године донето је 2.516 пресуда, 2007. године 2.447, 2008. године 2.314, 2009. године 2.172, а 2010. године 2.035 пресуда. Жалбе су изјављене у 24% предмета прве овде посматране године, у 23% случајева друге, 25% треће, 26% четврте и у 25% последње године.[74] Иначе, и тужиоци и окривљени су приближно једнако успешни у поступку пред жалбеним судом,[75] док је у почетном периоду рада поротног суда (од 2001. до 2003. године, и 2003. до 2005. године) проценат осуђујућих пресуда био висок: 95%, односно, 94,3%.[76]

---

72 *Loi no. 2000 516, Official Journal of 16 June 2000.*

73 B. McKillop, „Review of Convictions after Jury Trials: The New French Jury Court of Appeal", *Sidney Law Review* 28/2006, 349.

74 О свим статистичким подацима у вези с пресудама првостепеног и друго степеног поротног суда погледати: Annuaire statistique de la Justice, Édition 2011 2012, *www.justice.gouv.fr/art pix/stat annuaire 2011 2012.pdf*, 22. јул 2014. Као што може мо да закључимо, ово представља нагло повећање броја жалби у односу на годину када је тек установљен жалбени суд, када је проценат изјављених жалби износио 7,3% (227 жалби у односу на 3.097 пресуда). Њихов број се постепено повећавао, па тако 2002. године износи 12,7%, док је већ следеће године забележено 11,4% жалби у односу на број донетих пресуда. B. McKillop (2006), 351.

75 V. Hans, C. Germain, 760.

76 B. McKillop, „The New French Jury Court of Appeal Revisited", *Sudney Law Review* 31/2009, 144.

5. ЗАКЉУЧАК

Продором кривичнопроцесних идеја с англосаксонског правног подручја, изучавање поротних система све више добија на значају. Начело учешћа грађана у суђењу већ вековима је познато и у европској правној традицији, а француски модел поротног суда представља једну од њених најинтересантнијих форми које су заступљене на овом континенту. Настала по угледу на енглеску, у бурном периоду Буржоаске револуције, порота у Француској је у следећа два века трпела многобројне промене, при чему су свака владајућа династија и владар наметали другачија правила одлучивања и мењали број грађана који су учествовали у суђењу. Према позитивноправним правилима, поротни систем је заступљен само пред поротним судом, који заседа повремено, и састоји се од троје судија и девет поротника. Међутим, за разлику од већине европских држава у којима је заступљен мешовити поротни систем, поротници у Француској се не бирају на ту функцију за одређен период, него само за конкретно суђење, при чему седе одвојено од професионалних судија. Потпуно су изједначени с осталим судијама приликом гласања, које је писмено, а за које је законодавац прописао тачан редослед, број гласова који је неопходан како би се утврдила нека чињеница на штету окривљеног и број гласова који иду у прилог његовој невиности, те поступак са гласачким листићима након завршеног гласања. Посебан проблем, који је заокупио пажњу како француског судства тако и правнике јавности, јесте образложење пресуде коју донесе порота. Након одређених колебања у пресудама Европског суда за људска права, али и покушаја француске пороте да образложи пресуду, макар у кратким цртама, заузето је становиште и Европског суда за људска права и француског Уставног савета да пресуда коју донесе порота не мора да садржи образложење. Као заштита права окривљеног и у овој врсти поступка, загарантовано је право на двостепеност, где у другом степену суди порота састављена од дванаест поротника и троје судије професионалаца. Жалба, пак, не представља често употребљаван правни лек, па се изјављује отприлике у сваком четвртом предмету. Иако овакав систем суђења делује компликовано, он функционише без већих проблема, а њиме се омогућава адекватно учешће грађана, правних лаика у кривичном поступку.

Dragana Čvorović, LLM

Lecturer
The Academy of Criminalistic and Police Studies

Veljko Turanjanin

Lecturer
Faculty of Law, University of Kragujevac

THE ROLE OF THE JURY SYSTEM IN THE FRENCH CRIMINAL PROCEDURE

Summary

End of the XX century showed that almost all European countries have failed in the suppression of the crime. As a result, they began to seek new legal institutes to establish new mechanisms for efficient resolution of criminal cases. First of all, they stand out plea agreement, which in some countries inevitably follows the system of real jury trial. Among them, France stands out as a country with a long tradition of citizens' participation in criminal proceedings. Specifically, in this country jury trial takes place more than two hundred years, and was created on the model of English jury. However, almost immediately began the process of separating and distinguishing jury trials in these geographically close states. As it is case today, it is almost impossible to take a legal institute from one state and implement it in the legislation of another state in the same form. So, the English type of jury underwent to the adjustments to the French criminal procedure. That is the best illustrated with the numerous legislative acts adopted in the meantime, through which the jury experienced constant transformation. Since it is one of the oldest jury systems in the world, the author paid the attention to it in this work. The author deals with several units and after the introduction remarks he will explain the position and the role of lay judges in criminal proceedings. Then, he gives a cross-section of their position through the development of this type of trial. After that, he analyzes a jury according to positive French law. Also, throughout the paper provides a comparative analysis of some elements of this type of trial, and on the end he gives a concluding remarks.

Key words: *Jury. – Professional judge. – Lay judge. – France. – Criminal proceeding.*

УДК 340.142:341.645(4); 355.211.2(497.1)"1919"

CERIF: S112, S155

Др Живорад Рашевић*

ВЕТЕРАНИ ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА: ВУЧКОВИЋ И ДРУГИ ПРОТИВ СРБИЈЕ

У овом раду објашњена је пракса правосуђа Србије, Уставног суда Србије и Европског суда за људска права у предметима Бобан Вучковић и др., који је вођен због непризнавања права на новчана примања резервним при падницима Војске Југославије ветеранима оружаног сукоба из 1999. годи не. Критикован је рестриктиван приступ правосуђа у тумачењу и примјени норми антидискриминационог права (супротно начелу iura novit curia), као и преокрет у резоновању Европског суда за људска права. Предложени су путеви превазилажења у складу с међународним стандардима регулисања војне служ бе, чија су исходишта недискриминаторан третман војних резервиста у одно су на друга лица која врше јавну службу у складу с нормама грађанског и радног права, као и уподобљавање потраживања ветерана повреди грађанског права личности због изложености физичком и психичком трошењу у војној служби током рата.

Кључне ријечи: *Ветерани. – Војни резервисти. – Дискриминација. – Право личности. – Уставна жалба.*

1. УВОД

Пресудом Великог вијећа од 25.марта 2014. окончан је поступак пред Европским судом за људска права (ЕСЉП) у предмету по представкама Бобана Вучковића и још 29 ветерана–бивших резервиста Војске Југославије (ВЈ) из оружаног сукоба 1999. године са државама-чланицама НАТО-пакта.[1] Подносиоци припадају цивилној

* Аутор је пуковник правне службе Оружаних снага Босне и Херцеговине, ветеран рата у БиХ.*zrasevic @yahoo.com*

[1] ЕСЉП је спојио поступак по тридесет представки број 17153/11, 17157/11, 17160/11, 17163/11, 17168/11, 17173/11, 17178/11, 17181/11, 17182/11, 17186/11,

популацији која се одазвала на позив државе и тако прихватила тешку војну дужност да је брани а, према њиховим наводима, за то није била плаћена.[2]

Судским поступцима претходило је дугогодишње незадовољство резервиста, које је кулминирало јавним протестима почетком 2008. године. Ово је уродило плодом за дио њих са пребивалиштем у Куршумлији, Лебану, Бојнику, Житорађи, Дољевцу, Прокупљу и Блацу: Влада Србије им је селективно, наводно због неразвијености општина, путем локалних управа исплатила „социјалну помоћ" у замјену за одрицање од даљих потраживања. Мотиви Владе за овакав „споразум" нису потпуно разјашњени; имајући у виду околности, извјесно је да се мање ради о правним, а више о социјалним и политичким разлозима. Подносиоци нису имали пребивалиште у тим општинама и због тога су остали ускраћени за исплате, па су стога покренули грађанске парнице 2009. године, које су окончане одбијањем због усвајања приговора застарјелости изјављеног од стране Јавног правобранилаштва. Како су у неколико других истоврсних парничних предмета судови заузимали супротне ставове о основаности приговора застарјелости и тужбеног захтјева, услиједила је уставна жалба због повреде права на правично суђење из чл. 32, ст. 1 Устава Републике Србије[3] (УС) и права на једнаку заштиту права из чл. 36, ст. 1 УС. Уставни суд Србије (УСС) није прихватио навод о повреди чл. 32,[4] а досудио је повреду чл. 36, ст. 1, позивајући се на мјесец дана раније заузети правни став у предмету Лабуд Николић и др.[5] да је доношење различитих одлука другостепених судова у истим ситуацијама супротна праву на једнаку правну заштиту пред судовима.[6] Као облик правичног задовољења наложио је објављивање

17343/11, 17344/11, 17362/11, 17364/11, 17367/11, 17370/11, 17372/11, 17377/11, 17380/11, 17382/11, 17386/11, 17421/11, 17424/11, 17428/11, 17431/11, 17435/11, 17438/11, 17349/11, 17440/11 и 17443/11.

2 *http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p hearings&w 1715311 15052013 &language lang .*

3 *Службени гласник РС,* бр. 98/06.

4 Уставни суд је...одбацио као недозвољену у делу у коме се подносиоци позивају на повреду права на правично суђење и права на правно средство, сагласно одредби чл. 36, ст. 1, тач. 7 Закона о Уставном суду, јер нису навели уставноправне разлоге који би указивали на то да су им оспореним пресудама повређена наведе на уставна права". УСС, Бобан Вучковић и др.,Уж 286/2011, Одлука од 5.12.2012, објављена у *Службеном гласнику РС,* број 4/13, ст. 3 образложења.

5 УСС, Лабуд Николић и др., Уж 2156/2011, Одлука од 7.11.2012., објављена у *Службеном гласнику РС* бр. 116/12.

6 Уставни суд је из садржине уставне жалбе Бобана Вучковића и другихут врдио да су ови подносиоци у парничном поступку који је претходио уставносуд ском, били у идентичној чињеничној и правној ситуацији као и подносиоци устав

пресуде, чиме је отворио могућност понављања поступка у смислу чл. 426, ст. 1, тач. 12 Закона о парничном поступку[7] (ЗПП) и на тај начин одлучивање о основаности и висини потраживања препустио правосуђу Србије.

Војничким вокабуларом речено, почетни успјех подносилаца у првостепеном поступку пред ЕСЉП, у којем је донесена једна од ријетких пресуда о повреди забране дискриминације,[8] неутралисан је одлучним контранападом државе против својих бранилаца: Велико вијеће је у другостепеном поступку усвојило прелиминарни приговор државе. Полазећи од досадашње антидискриминационе праксе и међународних стандарда ограничавања и дерогације људских права у односу на војну службу, у наставку су испитани процесни и материјалноправни разлози за овакав преокрет у резоновању ЕСЉП, као и основаност потраживања ветерана.

2. ПРВОСТЕПЕНИ ПОСТУПАК ПРЕД ЕСЉП

Подносиоци су упутили представку ЕСЉП не чекајући исход поступка пред УСС. Она је прихваћена иако нису били исцрпљени сви правни лијекови по унутрашњем праву: ЕСЉП је послије увида у праксу УСС у истоврсним поступцима одбио приговор државе налазећи да се „овај посебан пут заштите (мисли се на уставну жалбу, прим. аут.) не може сматрати дјелотворним у односу на предмете као што је овај који су покренули подносиоци".[9] Представка је садржавала наводе о повреди права на правично суђење из чл. 6, ст. 1 Европске конвенције о људским правима и основним слободама (ЕК), из разлога што су домаћи судови, усвајањем приговора застарјелости потраживања, доносили различите пресуде по истом чињеничном и правном основу, с тим у вези и повреду забране дискриминације из чл. 14 ЕК и опште забране дискриминације из чл. 1 Протокола

не жалбе у предмету Уж 2156/2011...Уставни суд је оценио да је ...повређено право подносилаца уставне жалбе на једнаку заштиту права из чл. 36, ст. 1 Устава. Оваква одлука је утемељена на разлозима датим у образложењу Одлуке Уставног суда Уж 2156/2011..." Одлука фн.4, ст. 2 образложења.

[7] *Службени гласник РС,* бр. 72/11, 49/13, 74/13.

[8] Закључно са 2014од укупног броја донесених одлука (17754), досуђене су 232 повреде забране дискриминације по чл. 14 ЕК и 2 по Протоколу 12, што износи 1,31% од укупног броја предмета. Вид. Violation by Article and by respondent State (1959 2014), *http://www.echr.coe.int/Documents/ stats violation 1959 2014 ENG.pdf,* 21.4.2015.

[9] ЕСЉП, Бобан Вучковић и др. против Србије, 1753/11 и др., Пресуда од 28. 8.2012, ст. 74.

12 уз ЕК. За разлику од УСС, ЕСЉП није дао за право наводима подносилаца по првом основу, налазећи их очигледно неоснованим: различито пресуђивање у сличним ситуацијама само по себи не представља повреду права на правично суђење, јер подносиоци нису доказали ни да се ради о дубоким и дуготрајним разликама, нити да је овакво пресуђивање резултирало правном несигурношћу.[10] У погледу навода о повреди чл. 14 ЕК, ЕСЉП се у испитивању подручја заштићеног права није ограничио на неуспјешно истакнуту повреду чл. 6, ст. 1 ЕК и, сходно томе, према начелу несамосталности установе забране дискриминације одбацио представку.[11] Умјесто тога, *prorio motu* је испитао, примјеном начела аутономности, основаност са становишта повреде свих материјалних права из ЕК и повезао дискриминацију с правом на заштиту имовине из чл. 1 Протокола 1. Разлоге за овакав ентузијазам суда требало би тражити у истицању навода о повреди опште забране дискриминације из Протокола 12 уз ЕК, јер ова одредба шири домашај антидискриминационе заштите на сва права предвиђена законом. Посљедично, елиминисање чл. 14 повукло би обавезу ЕСЉП да се отисне у неистражена подручја: прво, да разматра однос Протокола 12 и чл. 14 ЕК, и друго, да се упусти у резоновање о општој забрани дискриминације, које до сада није довољно развијено. Одржавањем навода о повреди чл. 14 одлучио је на исти начин као у ставу 6 изреке пресуде у предметима Сејдић и Финци против БиХ и у ставу 3 изреке пресуде у предмету Савез цркава „Ријеч живота“ и др. против Хрватске[12]: закључио је да нема потребе да посебно испитује наводе о повреди Протокола 12 и тако га поставио супсидијарно у односу на чл. 14 ЕК. Зато изгледа да истицање навода о повреди Протокола 12 повећава изгледе на успјех подносилаца представки, јер се у овом предмету ЕСЉП *prorio motu* упустио у испитивање кршења забране дискриминације у вези с оним правима из ЕК која нису била истакнута у представци, што обично не чини. Разлог за овако екстензивно тумачење чл. 14 ЕК би такође могао бити строжи надзор ЕСЉП,[13] односно сужавање дискреционе оцјене државе[14] због скандалозног покушаја извршне

[10] *Ibid.*, тач. 60. Пресуде.

[11] О несамосталности, аутономности и супсидијарности примјене чл. 14 ЕК видј. Ј. Омејец, „Забрана дискриминације у пракси ЕСЉП“, *Зборник Правног факул тета у Загребу* 59(2009), 886 893.

[12] ЕСЉП, Сејдић и Финци против БиХ, Пресуда број 27996/06 и 34836/06 од 22.12.2009. и Савез цркава „Ријеч живота“ и др. против Хрватске, 7798/08, Пресуда од 9.12.2010.

[13] Т. Папић, *Збирка одлука о људским правима III, Пресуде ЕСЉП о забрани дискриминације*, Београд 2005, 185.

[14]

власти да утиче на рад правосуђа,[15] што је оквалификовано жалосним (*regrettable*).[16]

Очигледно уважавајући став Повјереника за заштиту равноправности Србије, као основ дискриминације узео је регистровано пребивалиште подносилаца,[17] а у аргументацији оправданости различитог третмана упутио је на ставове ове институције: оцијенио је поступање извршне власти арбитрарним и да стога тужена држава није убиједила ЕСЉП да за то постоји објективно и разумно оправдање. То говори да тест оправдања различитог поступања није одмакао од првог корака, тј. да је утврђено да различито поступање није тежило легитимном циљу; друго, терет доказивања је на туженој држави, што је у складу с његовом досадашњом праксом.[18]

3. ПОСТУПАК ПРЕД ВЕЛИКИМ ВИЈЕЋЕМ ЕСЉП

О разлозима српских власти у Србији да побијају ову пресуду и разлозима Великог вијећа ЕСЉП да им ово допусти може се само нагађати. Имајући у виду да је првостепеном пресудом ЕСЉП била наложена недискриминаторска исплата ратних дневница у року од шест мјесеци од њене коначности, несумњиво су проблеми макроекономске стабилности мотивисали српске власти за борбу против својих бранилаца.[19] Што се тиче одлуке Великог вијећа ЕСЉП, вјероватно су исти практични разлози били важни, [20] јер се ради о

[15] „16. марта 2009. године Министарство економије и регионалног развоја послало је меморандум Министарству правде, тврдећи, између осталог, да постоје бројне тужбе из радних односа против јавних друштава, које могу угрозити еко номску стабилност државе. Ту су предложили Министарству правде да испита могућност да савјетује судове да обуставе одређене врсте поступака до краја 2009. године, као и да одустану од извршења било које правоснажне пресуде усвојене у тим поступцима*Ibid.,* ст. 25 и 26.

[16] *Ibid.,*ст. 59.

[17] *Ibid.*, ст. 23 и 84.

[18] О току одлучивања ЕСЉП у предметима забране дискриминације вид. Ж. Рашевић, „Забрана дискриминације и општа забрана дискриминације у пракси Ев ропског суда за људска права“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* бр. 5/2012, 344 365.

[19] „Припремајући документацију за владу, један од аналитичара у тадашњем министарском кабинету сачинио је документ који почиње следећом констатацијом: „Проблем потраживања ратних ветерана Треће армије прети да се претвори у озбиљан удар на буџет Србије. Јер, исплату дневница тражи 49.769 особа и то 3.500 динара по дану. У коначном збиру то износи 13,5 милијарди динара. И за много богатије земље ово је превелики трошак“. *http://bif.rs/2013/04/istrazivanje bf a koliko kosta rat i duze od veka traje dug/,* 15.4.2013.

[20] Чл. 43, ст. 2 ЕК: „Одбор од пет судија Великог вијећа прихватиће захтјев ако се предмет тиче неког озбиљног питања везаног за тумачење Конвенције или озбиљног питања од опште важности“.

једној ситуацији потпуно атипичној за државу чланицу Савјета Европе.

Држава није напала на меритум, него је изнијела прелиминарне приговоре о не исцрпљивању ефективних домаћих правних лијекова, као процесним претпоставкама за вођење поступка пред ЕСЉП. Као дјелотворне, а неискоришћене правне лијекове у овој ствари навела је: (1) антидискриминациону тужбу по одредбама чл. 43 Закона о забрани дискриминације[21] (ЗОЗД); (2) тужбу због повреде права личности из чл. 199 и 200 Закона о облигационим односима[22] (ЗОО); (3) уставну жалбу УСС због повреде чл. 21 УС; (4) понављање парничног поступка по чл. 426, ст. 1, тач. 12 ЗПП у вези с Одлуком Уставног суда у истом предмету од 5.12.2012. Позивајући се на своју досадашњу праксу, Велико вијеће је насупрот првостепеном налазу утврдило да су „грађански и уставни правни лијекови били довољни и доступни за заштиту у вези с наводним повредама, а да су подносиоци пропустили да их исцрпе“, те да „није нашао да је било посебних разлога за ослобађање апеланата од захтјева за исцрпљивањем домаћих правних лијекова“. Ово је довело до усвајања прелиминарног приговора државе због чега „није могло разматрати меритум представке“.[23]

Аргументација Великог вијећа за касни процесни бродолом подносилаца заслужује једну дубљу анализу.

Наиме, према чл. 192 ЗПП, суд није везан за правни основ који тужиоци наводе у тужби. Истицање правног основа потраживања у виду одредаба поменутог Правилника о путним и другим трошковима у ВЈ[24] није спречавало суд да утврђује основаност њиховог тужбеног захтјева у другим општим правним актима, поготово оним који су као хијерархијски виши представљали правни основ за доношење овог подзаконског акта. Другим ријечима, дужност грађанских судова да познају право налагала им је да испитају тужбени захтјев по свим релевантним одредбама материјалног права, које несумњиво укључују и повреде права личности из чл. 199 и 200 ЗОО. Што се тиче ЗОЗД, његове процесне одредбе из чл. 41–46 уређују парнични поступак

[21] *Службени гласник РС,* број 22/09.

[22] *Службени лист СФРЈ,* бр. 29/78, 39/85, 45/89 и *Службени лист СРЈ,* број 31/93.

[23] ЕСЉП, Бобан Вучковић и др. против Србије, 1753/11 и др., Пресуда од 25. 3.2014, ст. 85, 90 и ст. 1. изреке.

[24] Наведени правилник првенствено одређује права на дио материјалних трошкова лица у војној служби поводом путовања и боравка одвојено од породице Треба имати у виду да доносилац акта Генералштаб ВЈ није био орган управе, нити било који облик војног организовања у правној држави. Зато је његова надлежност да доноси опште правне акте у материји уређења субјективних права грађана при лично сумњива.

пред грађанским судом истовјетан оном који се подносиоци покренули својом тужбом, са извјесним модификацијама ради побољшавања тешког правног и фактичког положаја лица које тражи правну заштиту позивањем на дискриминацију. Ако је поступак и стварна надлежност иста, начело *iura novit curia* не може значити ништа друго до примјену материјалног права од стране суда *ex offo,* а не само по правној квалификацији подносилаца. При томе, ЗОЗД је ступио на снагу послије подношења парничне тужбе,[25] што је ЕСЉП уочио, али није узео као олакшавајућу околност подносиоцима. Иако су имали пуномоћника, они нису били дужни да познају право; судови јесу имали ову дужност, али нису спровели тест дискриминације иако је презентовано чињенично стање јасно имплицирало примјену ЗОЗД.

Даље, ЕСЉП је експресно поклонио вјеру оцјени заступника државе да се начело *iura novit curia* не односи на УСС, тј. да је „потпуно разумљиво што УСС није по службеној дужности испитао ствар“[26] у односу на забрану дискриминације из чл. 21 УС. Ипак, постоје убједљиви формални, теоријски и практични разлози који говоре да то и није баш тако. Правни основ за ову оцјену не може се наћи ни у Закону о Уставном суду,[27] ни у Пословнику о раду уставног суда[28] него само у ставовима УСС од 30.10.2008. и 2.4.2009. Члан 85 Закона о Уставном суду само налаже подносиоцу да „Уставна жалба мора да садржи...назнаку људског или мањинског права или слободе зајемчене Уставом за које се тврди да је повређено са ознаком одредбе Устава којом се то право, односно слобода јемчи,...“, а ничим није ослободио УСС од дужности да тумачи право полазећи од презентованог чињеничног стања (*Da mihi facta, dabo tibi ius).* Овако строга санкција подносиоцу који погрешно правно квалификује своје жалбене чињеничне наводе није у складу с обавезом УСС из чл. 18, ст. 3 УС да одредбе о људским и мањинским правима тумачи „у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење“. То имплицира не само пуко језичко тумачење појединих партикуларних одредаба УС, него и логичко, систематско, телеолошко и сагласно тумачење више одредаба различитих правних извора којима се конструише норма којом се додјељује субјективно људско право, у овом случају право да се не буде дискриминисан. У том смислу, било би лако тумачити одредбу о једнакој заштити права из чл. 36, ст. 1 УС сагласно са забраном дискриминације из чл. 21 УС и у вези са чл. 14 и Протоколом 12 уз ЕК, или пак са чл. 32 УС. Наиме, у литера-

[25] Подносиоци су поднијели парничну тужбу дана 26. 3.2009, а ЗОЗД је сту пио на снагу 7. 4.2009.

[26] Пресуда фн. 23, ст. 35 и 82.

[27] *Сужбени гласник РС,* бр. 109/07, 99/11 и 18/13.

[28] *Службени гласник РС,* бр. 103/13.

тури се једнака заштита права доводи у директну везу с концептом формалне једнакости, као правној установи антидискриминационог права,[29] а то је јасно изражено и у многим међународним изворима.[30] Већина Великог вијећа је, међутим, прихватила ригидно позитивистичке шпекулације заступника државе, упркос приговорима да се ради о претјераном формализму.[31] На крају, терет доказивања о дјелотворности уставне антидискриминационе жалбе била је на заступнику државе,[32] а он за то није презентовао, нити је могао презентовати доказе јер УСС до тада није усвојио ниједну уставну жалбу због повреде чл. 21 УС.[33] Штавише, у већ поменутом предмету Лабуд Николић и др., који је послужио УСС као прецедент за досуду повреде чл. 36 УС, није изостао жалбени навод о повреди за подносиоце кобног чл. 21 УС, који је УСС одбацио због неприхватања оцјене ЕСЉП о пребивалишту подносилаца као дискриминационом основу.[34] У том смислу су судије Поповић, Јудивска и де Гаетано сасвим основано истакле да ни изричито позивање на повреду чл. 21 „не би имало никаквих разумних изгледа на успјех".[35]

---

29 Вид. нпр. S. Fredman, *Discrimination Law*, Oxford 2002, 4 15; тако и *Non Discrimination in International Law*, Interrights, London 2011, 17; J. Clifford, „Locating Equality", *The Equal Rights Review*, Vol. One 2008, 16 19; J. Hasnas, *Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti Discrimination Principle: The Philosophical Basis for the Legal Prohibition of Discrimination*, Law and Economics Working Paper Series, George Mason University, 4 14., *http://ssrn.com/abstract id 334720*, 5.10.2013.

30 Вид. нпр. чл. 5.9 Документа копенхагеншког састанка Конференције о људској димензији Организације за европску безбједност и сарадњу: „Сва лица су једнака пред законом и овлашћена су на једнаку заштиту закона без икакве дискриминације. У том циљу закон ће забранити сваку дискриминацију и јемчити свим лицима једнаку и учинковиту заштиту против дискриминације по било ком основу". *http://www.osce.org/odihr/elections/14304?download true*:, 22. 4.2014.

31 Пресуда фн. 23, Издвојено мишљење судија Поповић, Јудивске и де Гаета на, ст. 3.

32 Вид. *Практични водич кроз увјете допуштености*, Вијеће Европе/ЕСЉП, децембар 2011, 18, ст. 56.

33 Закључно са 14. 4. 2014. у електронској бази одлука УСС по уставним жалбама регистровано је укупно 49 предмета са наводом о повреди чл. 21 УС, али ниједна није усвојена. Електронска база доступна на *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/* .

34 „Оцењујући наводе уставне жалбе о повреди начела забране дискриминације из чл. 21 Устава, Уставни суд је оценио да нема основа за тврдње да су оспореним пресудама подносиоци уставне жалбе на било који начин дискриминисани због неког личног својства, нити су пружени било какви докази у том смислу. Како у уставној жалби нису пружени докази да им је због неког личног својства повређено људско или мањинско право зајемчено Уставом, што је неопходна претпоставка да би се могла утврдити повреда принципа забране дискриминације, Уставни суд је уставну жалбу у том делу одбацио..." Одлука фн. 5, ст. 6.

35 Пресуда фн. 23, Издвојено мишљење судија Поповића, Јудивске и де Гае тана, ст. 6.

Велико вијеће није се очитовало о основаности посљедњег приговора о дјелотворности понављања поступка, који је двоструко споран: прво, као изузетак кога држава треба да оправда посебним околностима,[36] и друго, због чињенице да је основ за његово подношење настао послије подношења представке ЕСЉП.

Поред тога, дубљим увидом у процесни слијед описаних поступака огољује се чињеница да су поступци пред УСС и ЕСЉП коинцидирали и да су се преплитали. Наиме, подносиоци су дана 21.1.2011. поднијели уставну жалбу УСС, а представку ЕСЉП свега три седмице послије, дана 14.2.2011, без чекања на одлуку УСС. Тиме су прихватљивост представке довели у питање због неисцрпљивања домаћих правних лијекова, у складу са чл. 35, ст. 1 ЕК. Основаност овакве процесне тактике изгледа упитно, али јој се према досадашњој пракси ЕСЉП не може негирати успјешност.[37] О мотивима подносилаца се може само шпекулисати; вјероватно су тражили путеве којим би повећали своје изгледе на успјех на било којој од инстанци, што се само по себи не би требало сматрати злоупотребом. Било како било, ово је резултирало правном несигурношћу која се у крајњем исходу обрушила на подносиоце. При томе, поступање УСС и ЕСЉП није пратило иначе потпуно јасно дефинисан редослијед поступака у унутрашњем праву и пред ЕСЉП. УСС је одлуку у предмету донио 5.12.2012, а засновао ју је на преседенту од мјесец дана раније (7.11.2012) у предмету Лабуд Николић и др., по уставној жалби које је поднијета 13.5.2011, дакле скоро четири мјесеца послије подношења уставне жалбе у овом предмету. Првостепени поступак пред ЕСЉП окончан је пресудом од 28.8.2012, дакле више од три мјесеца прије одлуке УСС, која би по редовном току поступка требало да претходи поступку пред ЕСЉП. Да ствар буде компликованија, преседент на коме је УСС засновао своју одлуку у овом предмету заснован је управо на поменутој првостепеној пресуди ЕСЉП.[38] На крају, одлука Великог вијећа донесена је 25.3.2014, а у утврђивање неприхватљивости представке урачуната је и одлука УСС која је донијета послије првостепене одлуке ЕСЉП. Укратко, УСС је своју одлуку о повреди субјективних људских права подносилаца утемељио на правним ставовима ЕСЉП у првостепеном поступку, а ЕСЉП је у другостепеном поступку утврдио неприхватљивост представке управо на основу те исте одлуке УСС. Овај процесни *circulus*

[36] „Не требају се искористити дискрецијска нити изванредна правна сред ства,...нити тражити понављање поступка, осим у посебним околностима,...“ *Прак тични водич кроз увјете допуштености*, 17.

[37] Упор. са Пресудом фн.12, у којој је ЕСЉП је мериторно одлучио у корист подносилаца иако нису искористили редовни правни пут у парници.

[38] „При томе, Уставни суд је имао у виду одлуку Европског суда за људска права у Стразбуру 'Вучковић и др. против Србије', 17153/11 од 28. августа 2012, којом је утврђена повреда забране дискриминацијеОдлука фн. 5, ст. 6.

vitiosus не само да је тешко схватљив, него и сумњив са становишта независности и непристрасности европског инстанционог надзора. Изнесене сумње поткрепљује и евидентна чињеница да је Велико вијеће ускратило могућност другостепеног мериторног одлучивања примјеном свог дискреционог овлашћења из чл. 35, ст. 4 ЕК „да одбаци представку коју сматра неприхватљивом...у било којој фази поступка“. За то је основ нашло у правној оцјени потпуно супротној ставу првостепеног вијећа, а у њу је урачунало и радње које је преузела држава послије подношења представке, и то одлуку УСС као доказ ефикасности уставне жалбе као правног лијека у унутрашњем праву и као основ за понављање поступка, као и ступање на снагу ЗОЗД и ЗПП. Једноставно, тешко је бранити поштовање начела једнакости оружја у поступку у коме је оцијењено да постоје процесне претпоставке за мериторно одлучивање, да би се касније у другостепеном поступку дискреционо оцијенило да тих претпоставки нема, и то урачунавањем накнадних радњи првостепено поражене тужене на побољшању свог процесног положаја.

Осим тога, ЕСЉП је без упуштања у оцјену правне природе установе застарјелости потраживања из чл. 376 ЗОО замјерио подносиоцима дуг проток времена од завршетка рата до подношења парничних тужби.[39] Ако већ подносиоци нису подастрли аргументе у своју одбрану, ЕСЉП је могао имати у виду ноторне чињенице које су се свакако могле посматрати као разлози за прекид и застој рока застаре: распад савезне државе и, посљедично томе, конфузију насталу промјеном адресата обавезе; обећања исплате и признања основаности потраживања која су свакодневно давали функционери извршне власти; признања права на накнаду штете и национално признање ветеранима од стране законодавца.[40] Даље, ако се истицањем приговора застарјелости обавеза квалификује као натурална (постојећа и утужива, али непринудна) облигација, основано је поставити питање да ли јавна власт има овлашћења да изјави овакав приговор у свјетлу њене обавезе на посебну заштиту ратних ветерана из чл. 69, ст. 3 УС.

Погодовање државе у овом предмету највише долази до изражаја ако се упореди са другим у којима је истакнута забрана дискриминације. Тако је нпр. у већ помињаном предмету Савеза цркава „Ријеч живота“ и др. против Хрватске [41] ЕСЉП допустио представку коју је поднијело неколико вјерских организација, а да

[39] „...није пружено убједљиво објашњење зашто они нису раније покренули поступке за обезбјеђење наводних потраживања“. Пресуда фн. 23, ст. 87.

[40] Предлог Закона о борачко инвалидској заштити, *http://www.parlament.gov.rs/narodna skupstina .872.html* , у процедури од 5.10.2012, чл. II образложења, 21.4.2014.

[41] Пресуда фн. 12.

претходно уопште нису искористили редован правни пут, тј. покренули парницу против државе. Парадоксално, ЕСЉП је у истој пресуди, приликом оцјене прихватљивости представке нашао да парница није ефективни правни лијек, да би у оцјени повреде права на приступ суду закључио супротно.[42] Ако је у овом предмету суд био наклоњенији подносиоцима и повргнуо поступање државе строжем надзору, очигледно је да су српски ветерани изгубили ту наклоност у другостепеном поступку. *Ratio* би могао бити у различитој оцјени важности дискриминационих основа: у предмету „Ријеч живота" радило се о вјерској дискриминацији, која је у досадашњој пракси заслужила строжи надзор ЕСЉП, [43] док се то не би могло узети за пребивалиште.

Можда се ради о нелагоди ЕСЉП везано за истицање повреде опште забране дискриминације из Протокола 12 уз ЕК, коју би овдје требало примијенити у вези са законима Србије, односно социјално-економским правима која не потпадају под дјелокруг ЕК. Наиме, легитимност ове установе у европском окружењу је упитна,[44] а досадашње пресуде о њеној повреди нису исходовале правне посљедице које иду у прилог њеној примјењивости и ефикасности.[45]

4. ИСХОД И ОБАВЕЗЕ СРБИЈЕ

Исход поступка пред ЕСЉП се не може посматрати једнозначно. Извјесно је да пресудом Великог вијећа ЕСЉП изузима себе из рјешавања проблема српских ветерана и адресује га на Србију, остављајући јој за то неорочено вријеме. [46] Између осталог, вјероватни *ratio* за овакво окончање поступка је оцјена да се ради о питању по којем је строг надзор није био потребан, јер потпада под дискрецију државе (*the Margin of Appreciation*[47]), с обзиром на то да пребивалиште не спада у основе дискриминације које ЕСЉП сматра

[42] *Ibid.,* Упор. ст. 45, 46 и 121.

[43] Вид. фн. 13.

[44] Од укупно 47 земаља чланица Савјета Европе, Протокол број 12 ратифико ван је у 18 земаља, а у поступку је у још 19.

[45] До сада су досуђена два кршења Протокола 12: у предметима Сејдић и Финци против БиХ, Пресуда фн. 12 и Зорнић против БиХ, Пресуда број 3681/06 од 15. 7. 2014. Пресуде су изазвале бројне контроверзе у правном систему БиХ, а њихово извршење је још увијек неизвјесно.

[46] Са друге стране, у првостепеној пресуди ЕСЉП је одредио рок од шест мјесеци за осигурање недискриминаторских исплата од дана коначности пресуде.

[47] Вид. A. Ostrovsky, „How the Margin of Appreciaton Doctrine Preserves Core Human Rights Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals", *Hanse Law Review, Vol.1 No1.*

сумњивим.[48] Било како било, успјех државе се не односи на меритум: иако је другостепена процесна пресуда ставила ван снаге првостепену мериторну, чл. 18, ст. 3 УС обавезује српско правосуђе и законодавца да приликом тумачења међународних стандарда људских права узму у обзир и правна утврђења из првостепене пресуде. Она тако остаје барем посредно обавезујућа, макар у оном утврђујућем дијелу да је дискриминације било. Једна од поука из те пресуде била би да УСС приликом одлучивања о повреди права на једнаку правну заштиту пред судовима из чл. 36, ст. 1 УС треба да утврди да је различито пресуђивање у идентичним ситуацијама исходовало дубоке и дуготрајне разлике које угрожавају правну сигурност и повјерење у правосуђе.[49] Даље, обавезе из Протокола 12 уз ЕК налажу да УСС напусти своје досадашње конзервативно и рестриктивно схватање забране дискриминације као акцесорног и супсидијарног начела тумачења других људских права, и приближи га самосталном субјективном праву.[50] Исто се односи и на преуску квалификацију дискриминационих основа, пошто чл. 14 и Протокол 12 шире њихов домашај на „било који основ“ и „други статус“, што потврђује и пракса ЕСЉП.[51] На шири приступ упућује и отворена клаузула из чл. 21, ст. 2 Устава, у којој израз „Забрањена је свака дискриминација,...а нарочито по основу...“ указује да и друга лична својства осим наведених могу заслужити квалификацију дискриминационог основа. Ако је УСС нашао да пребивалиште није основ дискриминације зато што то није својство личности, ништа га није спречавало да испита неки други компаратор осим оног који му је сугерисао Повјереник за заштиту равноправности и ЕСЉП.

Што се тиче законодавца, у приједлогу Закона о борачко-инвалидској заштити понуђена су добра системска рјешења,[52] али су ветеранска права ограничена само на појачано социјално збрињавање,

---

48 Вид.фн. 13.

49 Вид. Главу 2, посебно фн.10.

50 D. Petrova, „Implementing anti discrimination law and the human rights movement“, *Helsinki Monitor* 2006 no. 1, 19, 30.

51 Супротно оцјени УСС, пребивалиште је прихваћено као дискриминацио ни основ у предметима ЕСЉП Darby v. Svweden, 11581/85, 23.10. 1990; Carson and Others v. the UK, 42184/05, 16. 3.2010; Magee v the UK, 28135/95, 6. 6.2000; Lindsay and Others v. the UK, 8364/78, 8. 3,1979; Gudmundson v. Iceland, 23285/94, 17.10.1996, итд.

52 „Предлог закона заснован је на следећим начелним принципима: ... да се друга права корисника из ове области која нису непосредно везана за настанак телесног оштећења, односно погибију неког лица (професионална рехабилитација, права из пензијског и инвалидског осигурања, права из области радних односа и др.), регулишу одговарајућим системским прописима и у њима, по потреби, изразе специфичности заштите ове категорије грађана;...“ Предлог закона фн. 40, чл. III образложења.

што само донекле задовољава најбоље упоредне праксе и међународне стандарде.[53]

Ако је јасно трасирање путева заштите пред унутрашњим и међународним тијелима претпоставка правне сигурности, упутно је у регулисању субјективних права ветерана јасно одредити њихову природу и позитивноправну утемељеност. Полазећи од овог опредјељења треба се у наставку суочити с проблемом правне природе њихових потраживања, које је остало неразјашњено: спорно је да ли су сви резервисти примили исплате, и уколико јесу, по ком основу, тј. да ли се ради о накнади дијела материјалних или нематеријалних трошкова, плати, социјалној помоћи, политички мотивисаној субвенцији или нечем другом. Судећи по наводима заступника државе на јавној расправи пред Великим вијећем, није спорно да њима нису до сада системски ријешена њихова права, а да се до сада призната права односе на инвалидску и социјалну заштиту и рјешавање локалних проблема; да су војне јединице према одредбама Правилника о накнади путних и других трошкова у ВЈ исплатиле свим резервистима, укупно њих 200 хиљада, износе у вриједности око 340 милиона евра, што је по особи дневно износило око 10 тадашњих њемачких марака; да право на исплату није припадало за вријеме дана за одмор и посјету породици. Поуздавајући се у ове наводе, слиједи да држава јесте предузела одређене мјере по питању социјалне заштите, накнаде једног дијела материјалних трошкова који иначе припадају професионалним војницима, као и одштете онима који су претрпјели тјелесна и психичка оштећења у тој мјери да им се призна статус ратног војног инвалида. Како исплата резервистима само по основу вршења војне службе очигледно није било, очигледно је да јавна власт сматра да је војна служба резервиста *pro bono*, за разлику од свих других плаћених јавних служби. Зато треба испитати основаност оваквог третмана у међународним и унутрашњим изворима.

Што се тиче међународних стандарда по питању уређивања права војних резервиста, постављене су одређене границе иначе широкој дискрецији јавним властима у уређивању ове области. Ради се о Препорукама Савјета Европе, тј. њене Парламентарне Скупштине (ПС СЕ) број 1742/2006 и Комитета министара (КМ) број 2010 (4) о људским правима припадника оружаних снага,[54] које одсликавају

[53] „Пакети бенефиција намијењени ветеранима могли би да укључују про грамe рехабилитације; финансијске бенефиције; здравствену заштиту; запошљавање (укључујући приоритет при именовањима у државној служби); додатке за инвали дитет, као и друге бенифиције у случају смрти; додатак на одјећу и финансијске савјете". И. Ли, Х. Борн, *Приручник о људским правима и основним слободама припадника оружаних снага и запосленика у оружаним снагама*, OSCE/ODIHR, Варшава Сарајево 2008, 202.

[54] Препоруке доступне на *http:/assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref XML2HTML en.asp?fileid 17424&lang en* и *http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/publi cations/cmrec 2010 4en.pdf,* 23.4.2015.

међународне стандарде настале у пракси ЕСЉП. У овим препорукама, као и у пракси ЕСЉП, војник се квалификује као грађанин у униформи који ужива сва људска права и слободе као и цивили.[55] Наиме, напуштена су традиционална схватања војне службе као јавноправне обавезе и усвојена савремена, која јој приступају као специфичном грађанскоправном, односно радном односу између појединца и државе. Чл. 10.4.б. Препоруке ПС СЕ одређује да припадници оружаних снага, дакле и резервисти, морају уживати економска и социјална права, која укључују „право да приме поштене исплате", [56] а чл. 77 Препоруке КМ забрањује дискриминацију у уживању права и слобода у контексту војне службе. Ове се одредбе имају тумачити сагласно с обавезом државе да сваком призна право на „правичну плату и једнаку награду за рад једнаке вриједности без икакве разлике" из чл. 7, ст. а.) тач. 1 Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима.

У овом предмету не би били основани приговори да би овакво једно право ипак потпадало под *imperium* јавних власти због могућности ограничавања или дерогације. Прво, Препоруке СЕ не допуштају ограничења права изван нужности војне службе,[57] а овдје се првенствено ради о другим разлозима, који се тичу макроекономске стабилности. Уосталом, ови разлози не могу бити важни у овом предмету, јер је од сукоба из 1999. године прошло већ много времена. Јавне власти су свакако имале довољно времена да барем признају потраживања као јавни дуг, а исплату одложе или разријеше оброчно на дужи период. Такође, нису испуњени ни општи услови ограничавања људских права:[58] у законима Србије није изричито одређено да војним резервистима не припадају исплате по основу војног ангажовања; не могу се наћи разлози који би оправдали да је мјера неисплаћивања „неопходна у демократском друштву", а ако ипак јесте, да тежи легитимном циљу и да је сразмјерно оптерећујућа за резервисте у односу на дотични легитимни циљ. Ни други приговор о могућности дерогације права због „ванредних околности" примјеном чл. 15 ЕК није одржив јер не задовољава услов сразмјерности: оваква се мјера никако не би могла сврстати у „најнужније мјере које захтијева хитност ситуације".

---

[55] G. Nolte (ed.), *European Military Law Systems,* Berlin 2003, 370; K. Gleumes, *The Parliamentary Commisioner for the Armed Forces, Berlin 225,* 9 10.

[56] С друге стране, чл. 63. Препоруке КМ признаје се ово право само про фесионалним војницима. Ипак, у њеном Објашњавајућем меморандуму на стр. 23. појашњено је да „резервисти, као сваки други припадник оружаних снага, треба да уживају своја људска права".

[57]

[58] Димитријевић *et al., Међународно право људских права*, Београд 2007, 132 136.

Ако међународни стандарди указују на обавезу јавних власти Србије да признају „право на поштене исплате" војним резервистима, свакако је неопходно конкретно указати на унутрашње позитивноправне изворе .

Правна квалификација мора бити заснована на чињеницама, па треба имати у виду све околности које детерминишу фактичку природу војне службе резервиста. Специфичност сваког војног ангажовања, а посебно ратног, је материјално и нематеријално (психофизичко) трошење његових судионика. У тим околностима резервисти су у посебно тешкој ситуацији, јер су обавезни да напусте своје породице, радна мјеста и изворе егзистенције и врше опасну службу за коју се нису професионално опредијелили. Ако се вратимо у догађаје из 1999. године, видјећемо да су се резервисти, несебично испуњавајући своју уставну и моралну дужност [59] одазвали на позив државе и без икакве разлике у односу на професионалне војнике суочили с ратним страхотама и неизвјесностима на много интензивнији начин него остатак цивилне популације. Интензитет физичког и психичког трошења био је појачан из разлога својствених војној служби у рату, између осталог због суочавања с опасностима, руковања опасним средствима ратне технике, прихватања правног статуса борца као легитимне мете најсофистицираније ратне машинерије и излагања својих поступака по лупу одговорности за ратне злочине.

Наведени чињенични склоп указује да су међународне гаранције „права на поштене исплате" оствариве у српском праву по два одвојена, али подударна и испреплетена позитивноправна основа: први је захтјев за уклањање посљедица дискриминаторског поступања, а други накнада нематеријалне штете. [60]

Прво, ако је ЗОЗД у овом предмету већ истакнут као извор дјелотворног правног лијека, онда на основу чл. 16 овог закона резервисти као припадници војске (ст. 2) сасвим експлицитно уживају заштиту од дискриминације у остваривању права на једнаку накнаду за рад једнаке вриједности (ст.1). Ако ЗОЗД ипак не би био *ratione temporis* примјењив у овом предмету, до исте се оцјене може доћи примјеном теста дискриминације[61] када се као дискриминациони

[59] О античком идеалу јавне службе: „..и дубоко уверени да је срећа у слобо ди, а слобода у храбрости, немојте се бојати ратних опасности...Јер разумног човека више боли понижење због кукавичлука него неосетна и тренутна смрт у ратном подвигу, са надом у опште добро", (Периклов говор) Тукидид, *Пелопонески ратови*, Београд 1999, 106.

[60] О односу забране дискриминације и права личности Ж. Рашевић, *Забрана дискриминације у приватном праву*, Задужбина Андрејевић, Београд 2014, 72 74.

[61] Вид. фн.18.

основ узме статус припадника резервног састава ВЈ. Овакво лично својство може изгледати неуобичајено и сумњиво, али му се тешко може порећи основаност, имајући у виду да објективно и разумно може потпасти под једну отворену клаузулу.[62] Уосталом, ни пребивалиште се подједнако не може подвести под уобичајено схватање личног својства.[63] Једноставно, не смије се игнорисати оно што је сасвим очигледно у презентованим чињеничним наводима, без обзира што подносиоци нису препознали овај компаратор, тј упоредили свој статус са статусом професионалних војника и других плаћених јавних службеника. Враћајући се на тест дискриминације, непогодан третман резервиста у вршењу једнаке војне или друге јавне службе као јавне обавезе *pro bono* не би се могао оправдати легитимним циљем и тестом сразмјерности: нису замисливи аргументи за непогоднији третман најопасније и најтегобније јавне службе.

Друго, у складу с презентованим чињеничним налазима и правним оцјенама *supra* одговорност државе за невоље оних које је под пријетњом санкције позвала да је бране правно је утемељена и у чл. 200, ст. 1 ЗОО. Поред материјалне, она је обавезна да накнади и нематеријалну штету због претрпљеног бола и страха у војној служби свим учесницима њеног ратног подухвата. Наиме, интензивна физичка и психичка напрезања у вршењу војне дужности у рату се могу посматрати као повреде права личности и заслужују правичну сатисфакцију.[64]

5. ЗАКЉУЧАК

Начело владавине права налаже јавним властима да правни субјективитет државе уподобе улози узорног субјекта грађанскоправног односа. Њихова обавеза је да јасно опредијеле правне основе за своје поступке, у смислу недвосмислене идентификације гаранција

[62] „...забрањену дискриминацију представља само разликовање које је недозвољено и по основи и у односу на сврху која се жели постићи, сматрајући да разликовање које је „објективно“ и „разумно“ није недопуштено, иако почива на неком од забрањених основа. И обрнуто, ако је разликовање засновано на осо бини човека која није набројана у одредби о забрани дискриминације, прогласиће се забрањеним из истих разлога, суштински везаних за пропорционалност“. В. Димитријевић, *et al.,* 38 40.

[63] критеријум очигледно није заступљен код многих основа дискриминације, попут пребивалишта, вјерских и политичких убјеђења, сексуалне оријентације, и сл.

[64] А. Радоловић, „Право особности у новом Закону о обвезним односима“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, в. 27, бр. 1, 129 170 (2006), 143.

грађанских, политичких, социјалних или економских права. Тиме би пред правосуђем Србије и међународним тијелима олакшали заштиту субјективних права својим грађанима и дали један нов смисао владавини права.

Када се у предмету Вучковић и др. држава посматра као јединствен правни субјект у гарантном и заштитничком односу према резервистима може се закључити да су неусклађени и партикуларни поступци и ставови јавних власти изазвали правну несигурност, која свакако не иде у прилог посебној заштити ветерана из чл. 69, ст. 3 УС. Иако је дао је важна упутства српском законодавцу и правосуђу, ЕСЉП је превалио терет те правне несигурности на подносиоце представке и прогледао кроз прсте српским властима тако што се повукао из мериторног одлучивања. Широка дискреција јавних власти у овој ствари не може се оправдати чињеницом да су српски резервисти-ветерани из оружаног сукоба 1999. године били дискриминисани као вршиоци најопасније и најтегобније јавне службе, која једина није била плаћена. Признавање права на поштене исплате, било по основу уклањања дискриминације, било по основу накнаде нематеријалне штете због повреде права личности, исправило би овакав неповољан третман и упутило јасну поруку да Војска Србије представља пожељног послодавца чак и у најтежим околностима државне нужде. Ратовање има своју цијену; ако је грађанин највриједније добро, у ратне трошкове се мора урачунати и цијена његове службе за остварење ратних циљева.

Dr Živorad Rašević

VETERANS BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: VUČKOVIĆ AND OTHERS AGAINST SERBIA

Summary

This paper investigates the case of Boban Vučković and others before the Serbian judiciary, Constitutional Court of Serbia and the European Court of Human Rights, which was induced by Serbian Government`s lack of recognition of the right to a fair remuneration to the military reservists-veterans of the armed conflict in 1999. in former Yugoslavia. The judicial restrictive approach in interpretation and application of anti-discirimination law norms (contrary to the principle iura novit curia) was criticized. Certain solutions were proposed in accordance with international standards, based on non-discriminatory treatment of military

reservists in relation to other persons who perform public service, and on obligation to a just satisfaction due to violation of personality rights contained in physical and psychological attrition in military service during the war.

Key words: *Veterans. – Military reservists. – Discrimination. – Personality rights. – Constitutional appeal.*

УДК 347.922.3:368

CERIF: S137

Мр Милош Радовановић*

УСЛОВ ЗА ДОЗВОЉЕНОСТ ТУЖБЕ ПРОТИВ ОСИГУРАВАЈУЋЕГ ДРУШТВА

Члан 24 Закона о обавезном осигурању у саобраћају условљава право на подношење тужбе против осигуравајућег друштва, на начин на који је Закон о парничном поступку до измена из 2014. године, условљавао право на подношење тужбе против државе. Оба закона прописују да је претходно вансудско обраћање потенцијалном туженом процесна претпоставка за покретање пар ничног поступка. Закон о парничном поступку промењен је 2014. године. Након ове законске новеле претходно подношење вансудског предлога није услов за дозвољеност тужбе против државе. Аутор, полазећи од сличности одредаба ова два закона и околности да је промена Закона о парничном поступку била оправдана, покушава да докаже да би слична измена чл. 24 Закона о обавезном осигурању у саобраћају била легитимна. Аутор такође указује да потреба за усклађивањем домаћег права с прописима Европске уније, није разлог који се противи измени предметног члана Закона о обавезном осигурању у саобраћају.

Кључне речи**:** *Осигурање. Обавезно осигурање у саобраћају. Парнични по ступак. Право на приступ суду. Право на једнаку заштиту права*.

1. УВОД

Закон о обавезном осигурању у саобраћају[1] јесте материјално-правни пропис. Међутим, неке одредбе овог закона имају процесно-правни карактер. Процедурални смисао одредаба ст. 1, 3 и 4, чл. 24 ЗООС-а јесте непобитан. Наведене одредбе имају сличности са чл.

* Аутор је правни заступник у Удружењу осигуравача Србије, *milos@radovanovic.biz*

[1] Закон о обавезном осигурању у саобраћају ЗООС *Службени гласник РС,* бр. 51/09, 78/11, 101/11, 93/12 и 7/13.

193 Закона о парничном поступку из 2011.[2] Овај члан ЗПП/2011 садржао је одређена правила креирана с циљем промовисања вансудског решавања спорних грађанскоправних односа. Прописивао је да претходно подношење предлога за мирно решавање спора чини специфичну процесну претпоставку.[3] Та процесна претпоставка морала је бити испуњена у парничним поступцима у којима својство туженог има држава – Република Србија, јединица територијалне аутономије и јединица локалне самоуправе.

Кључни део наведених одредаба ЗООС-а могао би упрошћено да се изрази на следећи начин: оштећеном се признаје право на тужбу против осигуравача, једино ако осигуравач не прихвати вансудски захтев за накнаду штете.[4] „Подношење одштетног захтева непосредно друштву за осигурање и протек рока из ст. 3, чл. 24 ЗООС-а представља процесну претпоставку за подношење тужбе за накнаду штете по основу осигурања од аутоодговорности. Слична ситуација регулисана је и у чл. 193 ЗПП/2011 када лице које намерава да поднесе тужбу против Републике Србије има обавезу да пре подношења тужбе, Републичком јавном правобранилаштву достави предлог за мирно решавање спора па уколико републички јавни правобранилац не одговори на предлог у законом прописаном року, тек тада се може поднети тужба надлежном суду, јер је у супротном суд одбацује као недозвољену“.[5]

Обраћање правобранилаштву, пре покретања парничног поступка, није дуже време остало обавезна фаза у поступку решавања спора с државом. Законско решење из чл. 193 ЗПП/2011 није се примило у домаће право, без обзира на позитивну оцену Уставног суда. Члан 10 Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку из 2014. године[6] измењен је чл. 193 ЗПП/2011. Након ове новеле подношење предлога за мирно решење спора пре покретања парничног поступка није обавезно. Важећим законом то је предвиђено као могућност странке, дакле њено право да се пре подношења тужбе обрати Републичком јавном правобранилаштву с предлогом за мирно решавање спора, али не и њена дужност.[7]

---

[2] Закон о парничном поступку ЗПП/2011 *Службени гласник РС,* бр. 72/11.

[3] Невена Петрушић, Драгољуб Симоновић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Службени гласник, Београд 2011, 366 367.

[4] Слободан Илијић, „Вансудски поступак за накнаду штете по Закону о оба везном осигурању у саобраћају Републике Србије“, *Правни живот* 11/2010, 646.

[5] Одговори Грађанског одељења Апелационог суда у Београду на питања подручних судова, *Билтен судске праксе Апелационог суда у Београду* 4/2012, 253.

[6] Закон о изменама и допунама Закона о парничном поступку ЗИД ЗПП *Службени гласник РС,* бр. 44/14.

[7] Владимир Козар, „Најзначајније измене и допуне Закона о парничном по ступку“, *Правни информатор* 9/14, 12.

Правила утврђена чл. 193 ЗПП/2011 важна су за поступање у великом броју предмета. Члан 24 ЗООС-а такође има велики практични значај. Осигурање од одговорности за штету причињену моторним возилом, као обавезно осигурање, у Србији има водеће учешће у укупној премији са 30,6%.[8] Број парничних поступака, у којима лица оштећена у саобраћајним незгодама траже накнаду штете по основу обавезног осигурања у саобраћају, није мали.

Између наведеног члана ЗООС-а и чл. 193 ЗПП/2011 има веома много сличности. Члан 193 ЗПП/2011 је измењен. Слична измена чл. 24 ЗООС-а могла би се сматрати оправданом.

2. ЧЛАН 193 ЗПП/2011

Лице које намерава да поднесе тужбу против Републике Србије, према одредбама чл. 193 ЗПП/2011, било је дужно да претходно Републичком јавном правобранилаштву достави предлог за мирно решавање спора. Потенцијални тужилац стиче право да поднесе тужбу против Републике Србије, тек ако републички јавни правобранилац у року од 60 дана не одговори на предлог за мирно решавање спора. Уколико је тужба поднета пре истека овог рока, или ако је поднета без претходног обраћања правобранилаштву, суд исту одбацује као недозвољену. Наведена правила примењују се *mutatis mutandis* у случају подношења тужбе против јединице локалне самоуправе и јединице територијалне аутономије.[9]

Интенција законодавца приликом доношења ових одредаба била је да се избегну скупи судски поступци у оним случајевима где има места закључењу споразума, односно у ситуацији где је потраживање према Републици Србији основано.[10] Управо с циљем промовисања мирног решавања спорних односа чл. 193 ЗПП/2011 установљена је обавеза претходног подношења предлога за мирно решење спора, као процесна претпоставка за мериторно одлучивање

[8] Народна банка Србије Сектор за надзор над обављањем делатности осигурања, Сектор осигурања у Србији извештај за 2013. годину, *http://www.nbs.rs/internet/latinica/60/60 6 /izvestaji/izv IV 2013.pdf*, 5. септембар 2014. У Републици Србији од одговорности за штету причињену употребом моторних возила осигурано је 2.210.732 возила, вид. Удружење осигуравача Србије, Предлог остварених резултата у осигурању од аутоодговорности у 2013. години, *http://uos.rs/assets/Uploads/2014/7/Ostvareni rezultati u osiguranju AO u 2013 godini cir.pdf,* 7. новембар 2014.

[9] Вид. чл. 193 ЗПП/2011.

[10] Оља Мандић, „Правна природа и дејство споразума о мирном решавању спора из члана 193. Закона о парничном поступку", *Билтен Републичког јавног правобранилаштва* 2/2012, 91.

о тужби против државе.[11] Тужба поднета против Републике Србије, којој није претходило подношење предлога за мирно решавање спора, биће недозвољена.[12] „Постоје мишљења да је овим одредбама законодавац привилеговао државу као тужену страну и да је тиме нарушио начело једнакости странака. По другим мишљењима, циљ законодавца био је да мирним решавањем спорова избегне судске поступке и тиме смањи трошкове који поводом њих настају будући да је пред судовима велики број парница у којима је Република Србија тужена страна“.[13]

Професор Весна Ракић Водинелић, у својим научним чланцима, износила је аргументе којима се оштро критикује наведени члан „У чл. 193 ЗПП/2011 садржана је туженичка привилегија државе. Држава, наиме, не може бити непосредно тужена већ се странка која намерава да је тужи мора обратити републичком јавном правобраниоцу, понудом за медијацију, а овај има галантан рок од 60 дана да се о томе изјасни“.[14] „Једино кад држава треба да буде тужена уведен је принцип обавезне медијације, мимо општег режима заснованог на добровољности ... Туженој држави, мимо општег напора да се постигне ефикасност, остављен је великодушан рок од чак 60 дана да на (за тужиоца обавезну) понуду за медијацију одговори ... Уместо да се у судском поступку штите аутономија и диспозиција парничних странака, као принципи примерени заштити субјективних грађанских права, судски поступак је постао инструмент за заштиту државе од страначке аутономије. *Ratio legis* овакве одредбе је нелегитиман, јер је заснован на дискриминацији осталих странака у поступку у односу на државу када је тужена. У парничном поступку свака странка, без обзира да ли је физичко или правно лице, мора имати једнак положај. Држава, међутим, по ЗПП/2011, има повољнији положај од осталих тужених“.[15]

Цитиране ставове Весне Ракић Водинелић заступали су и њени следбеници. „Одредба чл. 193 ЗПП/2011 садржи норму која штити

---

11 Извод из извештаја о раду Републичког јавног правобранилаштва за 2011. годину, *Билтен Републичког јавног правобранилаштва* 1/2012, 15.

12 Јован Продановић, „Претходно подношење предлога за мирно решавање спора као процесна протпоставка допуштености тужбе против Републике Србије (члан 193. новог Закона о парничном поступку)“, *Билтен Републичког јавног право бранилаштва* 3/2011, 53.

13 Јелена Боровац, „Неке од новина у Закону о парничном поступку“, *Оси гурање, накнада штете и нови Закон о парничном поступку* (ур. Здравко Петровић, Наташа Мрвић Петровић), Intermex, Златибор 2012, 470.

14 Весна Ракић Водинелић, „Ограничена одговорност судије за штету не опходна привилегија која обезбеђује независност или учвршћивање судијске неод говорности“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 3 4/2013, 34.

15 В. Ракић Водинелић, „Закон о парничном поступку Србије 2011“, *Правни записи* 2/2011, 537 538.

првенствено интерес државе; адресирана је на државу, односно њен орган (правобранилаштво) и одређује право тог органа да одлучи о праву или обавези потенцијалног противника прије судског поступка (незадовољној странци остаје могућност да поднесе тужбу), па тако даје држави правно јачу вољу, обезбеђујући надређеност према другој страни (јер јој даје иницијативу и чак омогућава да различито одлучи у истоврсним предметима) ... Дакле, ради се о једном поступку *sui generis*, који није позитивисан, а који се приближава моделу ауторитативног одлучивања уз партиципацију противне странке, јер је однос између процесно легитимисане странке и правобранилаштва претежно јавноправне природе. Приватноправна обиљежја односа су слабије изражена, а диспозиција потенцијалног тужиоца је сведена на могућност да поднесе тужбу. Парадоксално, право на приступ суду, као саставни део права на правично суђење, скоро је изједначено са правом на правни лијек“.[16]

Професор Ранко Кеча сматра да је чл. 193 ЗПП/2011 у позитивно право враћено једно ограничење права на приступ суду које је раније напуштено јер није давало резултате.[17]

Члан 193 ЗПП/2011 имао је присталице (додуше углавном у редовима правобранилаштва). Оља Јовичић, ранији републички јавни правобранилац, позитивно је оценила наведени члан. Према овој ауторки, законодавац прописивањем услова из чл. 193 ЗПП/2011 није повредио право на приступ суду, јер повреда овог права постоји када је приступ суду онемогућен или када су услови за обраћање суду знатно отежани у мери да приступ суду чине *de facto* немогућим.[18] „Једнака заштита права пред судом није онемогућена прописивањем обавезног подношења предлога за мирно решавање спора са државом пре подношења тужбе у парничном поступку. Једнаку заштиту права пред судом оствариће сваки тужилац који поднесе тужбу, без обзира да ли је био овлашћен да ту тужбу поднесе одмах и безусловно, или је подношењу тужбе морало да претходи предузимање одређених других радњи ... установљење у чл. 193 ЗПП/2011 посебних правила за учеснике у спору у којем је једна страна држава нема за циљ да ствара привилегован положај за државу, већ напротив има за циљ да омогући другој страни у том спору једноставније, брже и економичније остваривање њених захтева према држави“.[19] Подношењем предлога за мирно решење спора тужилац не губи

[16] Живорад Рашевић, „Јавно правобранилаштво између правосуђа и државне управе“, *Правни записи* 1/2012, 189.

[17] Ранко Кеча, *Приручник за полагање правосудног испита грађанско про цесно право*, 8. издање, Службени гласник, Београд 2013, 188.

[18] Оља Јовичић, „Мирно решавање спора са Републиком Србијом пре подношења тужбе у парничном поступку“, *Правни информатор* 1/2013, 21.

[19] *Ibid.,* 22.

много, јер у периоду од 60 дана и даље теку камате које треба да плати држава.[20]

Критичари чл. 193 ЗПП/2011 могу се наћи међу судијама највишег суда Републике Србије. Снежана Андрејевић, судија Врховног касационог суда, сматра да правно дејство норми садржаних у овом члану, чије је непоштовање санкционисано одбачајем тужбе, ограничава и условљава право на приступ суду и да је загарантовано Уставом[21] и Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода.[22] Њен став је да је законодавац *de lege ferenda* требало да пропише застој парничног поступка, а не одбачај тужбе и ускраћивање права на приступ суду.[23]

Вида Петровић Шкеро, судија Врховног касационог суда, сматра да чл. 193 ЗПП/2011 доводи до кршења права странке да има једнаку и правичну заштиту својих права пред судом. Неједнако поступање уочава се у ситуацији када држава подноси тужбу против неког другог лица и када није у обавези да покуша мирно решавање спора, пре подношења тужбе. Такође, остаје спорно да ли се оваквим одредбама крши добровољност као основно начело мирног решавања спора.[24] Именована ауторка дала је позитивне коментаре на чл. 10 ЗИД ЗПП. Захваљујући овој измени, важећим чл. 193 Закона о парничном поступку[25] доследно је спроведено начело забране дискриминације утврђено чл. 21 Устава, које је ранијим законским решењем било доведено у питање.[26]

3. ПРАВО НА ПРИСТУП СУДУ

Право на приступ суду у Европској конвенцији није изричито предвиђено, али ипак произлази из њеног чл. 6. То право јесте производ праксе Европског суда за људска права (у даљем тексту:

[20] Гордана Станковић, *Предговор Закона о парничном поступку*, 3. издање, Службени гласник, Београд 2012, 82.

[21] Устав Републике Србије *Службени гласник РС* бр. 8/06.

[22] Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода Европкса конвенција*, Службени лист СЦГ Међународни уговори,* бр. 9/03, 5/05 и 7/05.

[23] Снежана Андрејевић, „Примена Закона о раду и нове судске процедуре*“, Билтен судске праксе Врховног касационог суда* 3/2012, 98.

[24] Вида Петровић Шекро, „Закон о парничном поступку и прописи о судовима“, *Избор судске праксе* 11/2012, 12 13.

[25] Закон о парничном поступку *Службени гласник РС,* бр. 72/11, 49/13, 74/13 и 55/14.

[26] В. Петровић Шекро, „Закон о изменама и допунама Закона о парничном поступку“, *Правни информатор* 7 8/2014, 35.

ECHR).[27] У предмету *Голдер* (*Golder) против Уједињеног краљевства* ECHR разматрао је питање да ли се одредбом чл. 6, ст. 1 Европске конвенције гарантује правично суђење само у поступцима који су у току, или се поред тога јемчи право приступа суду сваком лицу које намерава да поднесе тужбу.[28] ECHR је у том предмету закључио да право на правично суђење подразумева и право на покретање судског поступка, у стварима на које се примењује чл. 6 Европске конвенције.[29]

Устав својим чл. 32, ст. 1 гарантује право на правично суђење. Право на приступ суду није експлицитно назначено ни у овој одредби надзаконске снаге. Међутим, Уставни суд је, исто као ECHR, више пута закључио да је право на приступ суду елемент права на правично суђење.[30] По оцени Уставног суда, када би се странци онемогућило покретање судског поступка, односно одлучивање о постављеном захтеву, сви остали елементи структурално сложеног права на правичо суђење постали би илузорни.[31]

Међутим, право покретање судског поступка није апсолутно резервисано. Да би се права могла заштитити у поступку пред судом, неопходно је да се општим правилима тај поступак уреди. Република Србија је по Уставу надлежна да законом уреди поступак остваривања и заштите права грађана, односно поступак пред судовима.[32] Сама природа права на приступ суду захтева да га држава уреди. Због тога законска ограничења овог права јесу дозвољена. [33]

Ипак, законски услови за дозвољеност тужбе морају бити прихватљиви са становишта права на правично суђење. Да би се проверило да ли су процесне претпоставке за допуштеност тужбе у складу са чл. 6. Европске конвенције и чл. 32 Устава, неопходно је испитати да ли је ограничење права на приступ суду „такво да уништава суштину самог права“.[34] Након што се на ово питање од-

[27] Драгољуп Поповић, *Европско право људских права,* Службени гласник, Београд 2012, 245.

[28] Жил Дитер (Gilles Dutertre), *Извод из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права*, превео Никола Крзнарић, Службени гласник, Београд 2006, 174.

[29] Вид. ECHR, Case of Golder v. The United Kingdom Judgment 21. february 1975, paragraph 32, *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i 001 57496#{„itemid“:[„001 57496“]}*, 25. април 2015.

[30] Вид. Одлуку Уставног суда Уж. 4262/2012 од 31. јануара 2013, *http://www.ustavni.sud.rs /page/predmet/sr Cyrl CS/8390/?NOLAYOUT 1*, 25. април 2015.

[31] Одлука Уставног суда Уж. 8047/2012 од 29. јануара 2015, *http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr Cyrl CS/11226/?NOLAYOUT 1*, 25. април 2015.

[32] Вид. чл. 97, тач. 2 Устава.

[33] Вид. Пресуду ECHR, Јовановић против Србије од 2. октобра 2012, ст. 46, објављена у *Службеном гласнику РС*, бр. 101/12.

[34] Д. Поповић, *нав. дело*, 247.

говори потребно је размотрити да ли је циљ, због кога је законско ограничење установљено, легитиман и да ли постоји пропорционалност између ограничења и жељеног легитимног циља.[35]

Вансудско обраћање потенцијалном туженом представља услов за дозвољеност тужбе који се може испунити без већих тешкоћа. Дилаторни рок од 60, односно од 90 дана није сувише дуг. Стога можемо констатовати да ограничења прописана анализираним одредбама ЗПП/2011 и ЗООС нису таква да „уништавају“ право на приступ суду.

Сврха предметних одредаба јесте пружање могућности грађанима који су у спору са државом (чл. 193 ЗПП/2011), односно са осигуравајућим друштвом (чл. 24 ЗООС), да пре покретања парничног поступка закључе вансудско поравнање. Циљ ограничења постављених тим одредбама јесте легитиман, јер оне треба да спрече беспотребно ангажовање судског система.

Међутим, питање њихове пропорционалности остаје отворено. Да ли су предметна ограничења подобна да остваре жељену сврху и да ли се та сврха може остварити и без тих ограничења?

За време важења чл. 193 ЗПП/2011 постојала је знатна диспропорција између броја предлога за мирно решавање спора и броја закључених споразума о мирном решавању спора. Релативно је мали број спорних односа који су решени споразумом у смислу наведеног чл. 193 ЗПП/2011.[36] Због малог процента закључених поравнања можемо посумњати да је ограничење из овог члана подобно да оствари свој циљ.

Решење из важећег закона, по коме је вансудско обраћање држави, као потенцијално туженој странци, право а не обавеза тужиоца јесте целисходније и правичније. Такво решење омогућава да неспорни предмети не оптерећују правосуђе, али не ограничава право на приступ суду.

Проценат вансудски решених спорова, насталих поводом обавезног осигурања власника моторних возила, знатно је већи од процента вансудски решених спорова у којима је пасивна страна Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе. Релативно је велики број случајева у којима су оштећена лица у саобраћајним незгодама и осигуравајућа друштва мирним путем решила питање накнаде штете.

---

35 Александар Јакшић, *Европска конвенција о људским правима Коментар*, Правни факултет универзитета у Београду, Београд 2006, 176.

36 Ранији републички јавни правобранилац Оља Јовичић, у тексту објављеном 11 месеци након почетка примене ЗПП/2011, наводи да је на основу 7.632 предлога за мирно решавање спора закључено 1.103 поравнања. Вид. Оља Јовичић, 23.

Има случајева када се после саобраћајне незгоде утврди да је штета проузрокована употребом возила које није обухваћено обавезним осигурањем од одговорности.[37] Законским одредбама о гарантном фонду изједначено је право лица оштећеног у саобраћајној незгоди у случају када је штета проузрокована моторним возилом осигураним код солвентног осигуравача, и у случају када је моторним возилом проузрокована штета која није покривена осигурањем.[38] Поверилац накнаде штете из средстава гарантног фонда јесте у идентичном чињеничном и материјалноправном положају, као лице које према осигуравачу има потраживање по основу обавезног осигурања моторног возила.

Међутим, процесни положај ових поверилаца битно се разликује.

На гарантни фонд, као правни институт, не примењују се одредбе ЗООС-а,[39] него одредбе Закона о осигурању имовине и лица.[40] ЗОИЛ не ограничава право на подношење тужбе претходним вансудским обраћањем туженом. Стога лица која потражују накнаду штете из средстава гарантног фонда нису дужна да пре покретања парнице покушају мирно решење спора. Међутим, проценат захтева за накнаду штете који су решени, односно намирени, вансудским путем изузетно је велики и у случајевима када се ради о накнади штете из средстава гарантног фонда.[41]

Чињенични и материјалноправни положај лица која потражују накнаду штете по основу осигурања од аутоодговорности и лица која потражују накнаду штете проузроковане моторним возилом које није покривено тим осигурањем, суштински јесте идентичан. Једино се

---

37 Предраг Шулејић *et al, Закон о осигурању имовине и лица Коментар,* Dunav Preving, Београд 1996, 200.

38 Драгиша Слијепчевић, „Могућност остварења регресног права из сред става гарантног фонда“, *Актуелни проблеми накнаде штете и осигурања,* Зборник радова Удружења за одштетно право, Будва 2004, 322.

39 Одредбама чл. 73 ЗООС а предвиђено је оснивање Гарантног фонда као самосталног правног лица чији је оснивач Република Србија. То правно лице тре бало је да отпочне са радом до 30. јуна 2012. Међутим, његови органи нису консти туисани, нити је оно почело с радом, иако је рок за то истекао пре три године. Пре лазним одредбама чл. 111 ЗООС а прописано је да ће до почетка рада тог правног лица новог Гарантног фонда који предвиђа ЗООС, послове из његове надлежности обављати Удружење осигуравача Србије, сагласно пропису који је био на снази пре ступања ЗООС а на снагу, тј. сагласно одредбама ЗОИЛ.

40 Закон о осигурању имовине и лица ЗОИЛ *Службени лист СРЈ,* бр. 30/96, 57/98, 21/99, 44/99, 53/99 и 55/99 и *Службени гласник РС,* бр. 55/04, 51/09 и 93/12.

41 Према евиденцији Удружења осигуравача Србије у 2014. години вансуд ским путем су решена приближно 1.500 захтева за накнаду штете из средстава га рантног фонда, док је за исто време покренуто око 250 парница ради накнаде штете из тих средстава.

разликују процедурални услови под којима могу да покрену парнични поступак. Међутим, без обзира на ту процесну разлику и једни и други релативно често вансудским путем остварују право на накнаду штете.

Стога се може закључити да посебна процесна претпоставка за подношење тужбе против осигуравајућег друштва, није фактор који у знатној мери спречава да неспорни захтеви за накнаду штете оптерете правосудни систем. Такви захтеви не би сувише често били предмет расправљања у парницама, чак и да ограничење права на подношење тужбе против осигуравача не постоји. Правосуђе би подједнако ефикасно функционисало и да нема специјалног услова за дозвољеност тужбе против осигуравајућег друштва.

ECHR сматра да је право на приступ суду угрожено када процедурална правила не служе циљевима правне сигурности и примереног спровођења правде, него стварају баријеру која спречава да дође до мериторног одлучивања о захтеву странке.[42]

Сложен вансудски поступак за накнаду штете, с дугим роковима у оквиру којих осигуравајуће друштво треба да одлучи о захтеву за накнаду штете, одмаже оштећеном лицу да брзо и ефикасно оствари своја права.[43] Обавеза вођења таквог вансудског поступка, не доприноси успешном функционисању правосудног система. Циљ због кога је процесна претпоставка за дозвољеност тужбе против осигуравача установљена, био би остварен и да те процесне претпоставке нема. Стога њено напуштање изгледа легитимно.

4. ПРАВО НА ЈЕДНАКУ ЗАШТИТУ ПРАВА

Одредбама чл. 193 ЗПП/2011 и 24 ЗООС-а ограничено је право на приступ суду економски слабијој страни. Такве одредбе не доприносе успостављању суштинске равноправности између економски јаче и слабије стране у спору. Напротив, може се помислити да привилегују странку која је моћнија.

Иницијатива за оцену уставности чл. 193 ЗПП/2011 позвала се на Уставом зајемчено право на једнаку заштиту права, као и на уставну забрану дискриминације. Подносилац иницијативе оценио је да тај члан ставља државу у привилегован положај у односу на све остале тужене.

[42] Case of Esim v. Turkey Judgment 17. september 2013, paragraph 21, *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i001 126355#{„itemid“:[„001 126355“]}*, 25. април 2015.

[43] Јован Славнић, „Поглед на нека нова законска решења непримерена обавезном осигурању од аутоодговорности“, *Правни живот* 11/2010, 624.

Уставни суд је нашао да разлозима изнетим у иницијативи није поткрепљена тврдња да има основа за покретање поступка за оцену уставности наведених законских одредаба. Због тога је решењем IУз. 51./2012 од 6. децембра 2012. одбацио иницијативу. По оцени Уставног суда „обавеза покушаја претходног мирног решења спора само за случај потенцијално тужене Републике Србије, не значи да се доводи у питање једнакост парничних странака, јер је остваривање заштите права пред судом условљено само претходним покушајем мирног решења спора“. [44] Уставни суд је такође оценио и да нема повреде начела забране дискриминације, јер „Устав не познаје принцип једнакости као општи, апстрактни појам који се у свакој правној ситуацији подједнако односи на све правне субјекте, већ гарантује правну једнакост у оквиру исте категорије субјеката“.[45]

Држава (као и од јединица територијалне аутономије и јединица локалне самоуправе) требало би да покаже већи степен објективности од осталих тужених у парничном поступку. Парницу, у којој је држава тужена странка, треба очекивати само кад постоје плаузибилни разлози оспоравања тужбеног захтева. Парнични поступак против физичког лица, или другог субјекта приватног права, може се очекивати и када потраживање у стварности није спорно, али дужник оспорава тужбени захтев јер неће или не може да испуни своју обавезу.[46]

Стварни положај Републике Србије, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе није потпуно идентичан положају осталих тужених. Лица која своја имовинска и друга грађанска права остварују према држави, често су у фактички повољнијем положају од лица која своја права остварују према другим субјектима, нпр. према физичким лицима. Због тих суштинских разлика, чини се да је процедурална разлика установљена чл. 193 ЗПП/2011, прихватљива са становишта заштите начела забране дискриминације и права на једнаку заштиту права.

Осигуравајуће друштво и држава, као пасивне парничне странке, у извесном смислу јесу слични. Злоупотребе од стране заступника ових парничних странака (нпр. избегавање пријема писмена) нису очекиване. Ни осигуравајуће друштво, по правилу, не спори тужбени захтев без плаузибилних разлога за оспоравање. Лице које тужи осигуравача у сличном је положају као и лице које тужи Републику Србију, аутономну покрајину или јединицу локалне самоуправе. Оно

[44] Решење Уставног суда IУз. 51./2012 од 6. децембра 2012, 10 11, *http://www.ustavni.sud.rs/page/ predmet/sr Cyrl CS/8806/?NOLAYOUT 1*, 10. јануар 2015.

[45] *Ibid.*

[46] Никола Бодирога, „Вансудско извршење на основу Закона о хипотеци“, *Правни живот*, бр. 12/2010, 85.

пред собом има савесну парничну странку, чија финансијска снага гарантује исплату спорног потраживања. Фактичка сличност између осигуравајућег друштва и државе, као пасивне парничне странке, постоји. Због те фактичке сличности, сличност између процесних услова за дозвољеност тужбе против осигуравајућег друштва и процесних услова за подношење тужбе против државе изгледају оправдани.

Претходно вансудско обраћање туженом, као процесна претпоставка за дозвољеност тужбе против државе, није на противуставан начин фаворизовало државу у односу на тужиоца. Може се сматрати да слична процесна претпоставка не доводи до неприхватљиве дискриминације оштећеног лица у односу на осигуравајуће друштво.

Законодавац је, без обзира што је чл. 193 ЗПП/2011 сагласан са Уставом, тај члан изменио. Цитирана оцена из решења Уставног суда ІУз. 51./2012 од 6. децембра 2012. није била путоказ за законодавца. Парадоксално, стандарди једнакости странака у спору због тога су подигнути (односно враћени) на виши ниво.

Укидање услова за дозвољеност тужбе против Републике Србије, јединице територијалне аутономије и јединице локалне самоуправе успоставило је већи степен једнакости између парничних странака. Већи степен једнакости између тужиоца и туженог, у случају када је на туженој страни осигуравач, постојао би када би посебна процесна претпоставка за дозвољеност тужбе против осигуравача била напуштена.

5. ДИРЕКТИВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

ЗООС је требало да допринесе усклађивању права Републике Србије са прописима Европске уније усвајањем решења из пет директива,[47] које се односе на осигурање од грађанскоправне одго-

[47] То су следеће директиве: Директива Савета 72/166/ЕЕЗ од 24. априла 1972. о усклађивању закона држава чланица у односу на осигурање од грађанскоправне од говорности у погледу употребе моторних возила *Службени лист Европске заједнице* Л 103/72; друга Директива Савета од 30. децембра 1983. о усклађивању закона држава чланица у односу на осигурање од грађанскоправне одговорности у погледу употребе моторних возила *Службени лист Европске заједнице* Л 8/84; трећа Дирек тива Савета 90/232/ЕЕЗ од 14. маја 1990. о усклађивању закона држава чланица у односу на осигурање од грађанскоправне одговорности у погледу употребе мотор них возила, *Службени лист Европске заједнице* Л 129; четврта Директива 2000/26/ЕЗ од 16. маја 2000. о усклађивању закона држава чланица у односу на осигурање од грађанскоправне одговорности у погледу употребе моторних возила (четврта Дирек тива о обавезном осигурању моторних возила) *Службени лист Европске заједнице* Л 181/65; и Директива Скупштине и Савета 2005/14/ЕЗ од 11. маја 2005. о изме

ворности за штету проузроковану моторним возилом.[48] Поменутих пет директива замењено је Директивом 2009/103.[49] Овом директивом кодификована су решења из ранијих пет директива.

Спорно је да ли одредбе ст. 3 и 4, чл. 24 ЗООС-а доприносе усклађивању права Републике Србије с прописима Европске уније. Члан 18 Директиве обавезује државе чланице да омогуће да свако лице, које претрпи штету у саобраћајној незгоди, има право директног поступања (*direct right of action*) против друштва за осигурање. Постоје мишљења да право директног поступања подразумева право на подношење тужбе без претходног обраћања ради мирног решења спора. Професор Јован Славнић сматра да чл. 18 Директиве обавезује државе да обезбеде оштећеним лицима право директне тужбе против осигуравајућег друштва.[50] Тај професор такође сматра да је чл. 24 ЗООС-а пример где је предлагач закона, насупрот тврдњи да је домаће право ускладио с прописима Европске уније, поступио обратно.[51]

Чланом 22 Директиве прописано је на који начин државе чланице Европске уније треба да уреде вансудски поступак накнаде штете пред друштвом за осигурање. Према овом члану потребно је да осигуравач, у року од три месеца од дана кад оштећено лице поднесе захтев за накнаду штете по основу обавезног осигурања у саобраћају, изнесе образложену понуду за накнаду штете (у случају када одговорност није спорна и када је висина штете процењена), или да да образложен одговор на наводе из одштетног захтева (ако је одговорност спорна или висина штете није у потпуности процењена).

„У свим врстама обавезних осигурања од одговорности у нашем праву постоји право на директну тужбу трећих оштећених лица".[52] Право директног поступања и поступак за накнаду штете, предвиђени чл. 18 и 22 Директиве, не условљавају право на подношење тужбе претходним вансудским обраћањем. Стога сматра-

ни директива Савета 72/166/ЕЕЗ, 84/5/ЕЕЗ, 88/357/ЕЕЗ и 90/232/ЕЕЗ и Директиве 2000/26/ЕЗ Скупштине и Савета у односу на осигурање од грађанскоправне одго ворности у погледу употребе моторних возила.

48 Наташа Петровић Томић, „Право осигурања", *Право и привреда* 1 3/2010, 190.

49 Директива Скупштине и Савета 2009/103 од 16. септембра 2009. која се односи на осигурање од грађанскоправне одговорности у вези с употребом мотор них возила и установљењем обавезе да се осигура од те одговорности Директива *Службени лист Европске уније* Л 263/11.

50 Ј. Славнић, 622.

51 *Ibid.*, 623.

52 Н. Петровић Томић, „Осигурање од професионалне одговорности адвоката српска верзија новог облика обавезног осигурања", *Токови осигурања* 2012/3, 26.

мо, исто као и професор Јован Славнић, да услов за подношење тужбе против осигуравајућег друштва, прописан чл. 24 ЗООС-а, не доприноси хармонизацији домаћег права с прописима Европске уније.

Из хрватског Закона о обвезним осигурањима у промету видимо да чланица ЕУ може на идентичан начин условити право на подношење тужбе против осигуравача.[53] Међутим, то не значи да је ово ограничење права на тужбу императив који захтева Европска унија. Прописани услов за подношење тужбе против осигуравајућег друштва не може се правдати позивањем на хармонизацију домаћег права с прописима Европске уније.

6. ЗАКЉУЧАК

Ограничење права на тужбу против државе прописано чл. 193 ЗПП/2011, исто као и процесна претпоставка из чл. 24 ЗООС-а, нису такви да у потпуности онемогућавају приступ суду. Тим условима настоји се да неспорне ствари буду решене вансудским путем. Циљ ограничења из наведених одредаба јесте легитиман. Због тога се може закључити да наведене законске одредбе нису у директној супротности с правом на приступ суду, које је имплицитно зајемчено Уставом и Европском конвенцијом.

Међутим, у време важења ЗПП/2011 само је релативно мали број спорова, у којима је Република Србија на пасивној страни, решен вансудским путем. Процесна претпоставка из чл. 193 ЗПП/2011 није успешно остваривала свој циљ. Стога је напуштање тог ограничења било легитимно.

Осигуравајућа друштва често, без вођења судског поступка, оштећеним лицима накнаде штету проузроковану у саобраћајној незгоди. Међутим, то није последица ограничења права на подношење тужбе против осигуравајућег друштва. Легитимни циљ, због кога је посебан услов за подношење тужбе против осигуравача прописан, био

[53] Одредбом чл. 12, ст. 1 Закона о обвезним осигурањима у промету Републи ке Хрватске *Народне новине* бр. 151/05, 36/09 и 76/13 прописано је да је одговорни осигуравач дужан да у року од 60 дана од пријема одштетног захтева утврди основа ност и висину тог захтева, те да достави подносиоцу образложену понуду за накна ду штете (ако су одговорност за накнаду штете и висина неспорни) или утемељен одговор на све наводе из одштетног захтева (ако су одговорност за накнаду штете или висина штете спорни). Став 2 овог члана гласи: „Ако одговорни осигуравач у року из ст. 1 овог члана оштећеном лицу не достави образложену понуду за накнаду штете, односно утемељен одговор, оштећено лице може против њега поднети тужбу. Тужба поднета против одговорног осигуравача или одговорног лица пре истека рока из ст. 1 овог члана сматраће се преурањеном".

би остварен и да тог ограничења нема. Стога би напуштање посебне процесне претпоставке за дозвољеност тужбе против осигуравајућег друштва такође било оправдано.

Наведена законска ограничења за подношење тужбе не фаворизују тужену страну, државу или осигуравајуће друштво, на противуставан начин. Међутим, право на једнаку заштиту права постојало би и да тих ограничења нема. Штавише, напуштање ограничења за дозвољеност тужбе против Републике Србије, јединице територијалне аутономије и јединице локалне самоуправе подигло је на виши ниво стандард једнакости парничних странака. Напуштањем ограничења за дозвољеност тужбе против осигуравајућег друштва, једнакост парничних странака би у већем степену била остварена.

Право директног поступања (*direct right of action)* и поступак за накнаду штете, уређени одредбама чл. 18 и 22 Директиве, не условљавају подношење тужбе претходним вансудским обраћањем осигуравачу. Стога потреба за усклађивањем домаћег права с прописима Европске уније, није разлог који се противи измени предметног члана ЗООС-а.

Miloš Radovanović, LLM

CONDITION FOR THE PERMISSIBILITY OF A LAWSUIT AGAINST INSURANCE COMPANY

Summary

Article 24 of the Law on Compulsory Insurance in Traffic conditions the right to file a lawsuit against the insurance company, in the manner prescribed by the Law on Civil Procedure before 2014 which stipulated the right to file a lawsuit against the state. Both laws stipulate that the previously extrajudicial addressing the potential defendant is a procedural prerequisite for the initiation of civil proceedings. The Law on Civil Procedure was changed in 2014. After the amendments to the law, the prior extrajudicial proposal is not a prerequisite for the permissibility of a lawsuit against the state. The author, starting from the similarity of the provisions of these two laws and the circumstances that the amendment to the above Article of the Law on Civil Procedure was justified, tries to prove that it is necessary to make a similar amendment to Article 24 of the Law on Compulsory Insurance in Traffic. The author also points

out that the need for the compliance between the national law with the EU regulations is not the reason which opposes to the amendment of the Article of the Law on Compulsory Insurance in Traffic.

Key words: *Insurance. – Compulsory Insurance in Traffic. – Civil proceedings. – The right of access to a court. – Right to equal protection of rights*.

ЗАКОНОДАВНА И СУДСКА ПРАКСА

УДК 341.322.5(497.115)"1999"(09)

CERIF: S112

Мр Бојан Ђокић*

КРШЕЊЕ ЉУДСКИХ ПРАВА НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ (1999 2014): ЈЕДАН СЛУЧАЈ

У раду је приказан драстичан пример албанског злочина над припадником српске заједнице на Косову и Метохији и кршења основних људских права: пра ва на живот, права на имовину, права на правично суђење и делотворан правни лек. Случај који смо приказали је само један у низу који говори о ускраћивању и повређивању људских права српској заједници на Косову и Метохији од 1999. године, па до данас. Један конкретан случај приказује главну поруку: неусагла шеност институција на Косову и Метохији с праксом Европског суда за људска права. Случај пластично објашњава пропуст УНМИК а да спроведе истрагу убиства, као и праксу игнорисања правде од стране косовских институција и ЕУЛЕКС а.

Кључне речи: *Косово и Метохија. Људска права. Богдан Ђокић. ОВК.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

На Косову и Метохији започела је криза 22. марта 1998. када је дошло до унутрашњег оружаног сукоба између оружаних снага Савезне Републике Југославије (СРЈ) и паравојне формације тзв. Ослободилачке војске Косова (ОВК). Криза је проузроковала НАТО бомбардовање СРЈ, које је трајало од 24. марта до 10. јуна 1999. Бомбардовање је завршено споразумом у Куманову између Војске Југославије (ВЈ) и НАТО, и Резолуцијом 1244 Савета безбедности Организације уједињених нација. По завршетку бомбардовања, паралелно с повлачењем државних снага безбедности (ВЈ и Министарства унутрашњих послова) с Косова и Метохије, текао је процес до-

* Аутор је мастер историје и ради у Музеју жртава геноцида у Београду као стручни сарадник, *bojandjokic2005@yahoo.com*

ласка међународних војних мировних снага (КФОР=Kosovo Force) и Привремене административне мисије Уједињених нација (УНМИК), али и припадника ОВК у Покрајину. Између тих процеса настао је вакуум безакоња који је искоришћен за насиље и терор над српском заједницом. Насиље и терор су спроводили припадници ОВК, а најчешће се огледао у отмицама и убиствима припадника српске и других мањинских заједница на Косову и Метохији.

Амнести интернешенел више од деценије указује на константан недостатак правде за жртве кршења људских права почињених током и после оружаног сукоба на Косову и Метохији.[1] У периоду од јула 1999. до новембра 2008. УНМИК је био задужен за заштиту људских права и одговоран за вођење истрага и кривично гоњење за тешке злочине. Мисија полиције и цивилне администрације Европске уније на Косову и Метохији (ЕУЛЕКС) преузела је у децембру 2008. године функције полиције, тужилаштва и судства, што је укључивало и истрагу и гоњење за тешка кривична дела. Од 1999. године, на Косову и Метохији се изграђује косовски правни систем, па он постоји паралелно с мисијом УНМИК-а и ЕУЛЕКС-а. Међутим, и поред постојања институција, жртве албанског терора и њихове породице остале су ускраћене за правду.

У Извештају за 2013. годину Саветодавна комисија за људска права УН на Косову и Метохији препоручила је УНМИК-у да јавно призна грешке у вези са жалбама породица отетих и убијених против те институције, а ЕУЛЕКС-у предложила да спроведе истрагу и омогући породицама надокнаду за претрпљени бол. Овим је признато да УНМИК није ваљано обављао истраге отимања и убијања грађана српске заједнице од 1999. године. УНМИК је признао сопствену одговорност за кршење права на живот и права на приступ правди, а одговорност УНМИК-а је констатована и у извештају парламентарне скупштине Савета Европе од 17. децембра 2013. УНМИК није пружио материјалну сатисфакцију за душевни бол и патњу проузроковану отмицама и убиствима српске заједнице на Косову и Метохији. Такође, ништа није учинио да се страдање српског народа спречи и да се идентификују и казне починиоци.[2]

---

[1] „Sahranjivanje prošlosti: 10 godina nekažnjavanja za otmice i nestanke na Kosovu“, *http://www.amnesty.org/en/library/info/EUR70/007/2009/sr*, сајту приступљено дана 10.2.2015.

[2] „Komisija UN: Kritike EULEXu i UNMIK u zbog ljudskih prava“, *http://www.blic.rs/Vesti/Politika/452458/Komisija UN Kritike Euleksu i Unmiku zbog ljudskih prava,* страници приступљено 8. 6. 2014; Amnesty International, Izveštaj, *Nasleđe UNMIK a na Kosovu: Neuspeh u donošenju pravde i obeštećenju srodnika nestalih*, London 2013, 1 5; „Amnesti internešnel: UNMIK krši ljudska prava porodica ubijenih i otetih na KiM“, *www.kurir.rs*, сајту приступљено 9. 2. 2015; Архив Музеја жрта ва геноцида (АМЖГ), Фонд грађе о ратним сукобима од 1991. године, Косово и

У суштини, Саветодавна комисија за људска права УН на Косову и Метохији и Amnesty International утврдили су да истраге отмица и убистава на националној основи нису биле темељне, а неке су и затваране „без неког очигледног разлога или због политичке сврсисходности“.[3] Утврђено је низ пропуста у истрагама код отмица и убистава на националној основи: пропуст да се брзо прикупе докази, непотпуна документација о прикупљеним доказима, непостојање записника с изјавама подносиоца жалбе или сведока, пропусте у вођењу досијеа о истрази, пропуст редовног разматрања истраге, сродници жртава нису обавештавани о напредовању истраге, предузимању истражних радњи или донетој одлуци, тј. резултатима истраге. Полиција УНМИК-а није брзо, непристрасно и темељно истражила већину отмица и убистава, а у неким случајевима истраге нису вођене, па чак ни формално отворене.[4] „Очигледни изостанак било какве адекватне реакције од стране полиције УНМИК-а могао би починиоце да наведе на помисао да власти нису биле у стању или нису биле вољне да истраже та кривична дела. Овакав однос власти према најтежим злочинима у сваком друштву, а посебно у постконфликтним околностима, неминовно ствара културу некажњивости међу криминалцима и може само да доведе до погоршања ситуације. Проблеми на које је УНМИК наишао на почетку своје мисије...не оправдавају такву неактивност било на самом старту или касније“.[5] За већину отмица мањинских заједница на Косову и Метохији одговорна је ОВК, што и Фонд за хуманитарно право добро примећује.[6] Стога, не чуди зашто истраге нису вођене и зашто скоро нико није кажњен за отмице и убиства грађана српске и осталих мањинских националности.[7]

Метохија, Komisija za razmatranje ljudskih prava Kosovo, Godišnji izveštaj za 2013. godinu; Parliamentary Assembly, Resolution 1979, „Accountability of international organizations for human rights violations“, *http://assembly.coe.int*, сајту приступљено 9.2.2015.

[3] Вид. фн. 2.

[4] *Ibid*., Amnesty International, Izveštaj, *Nasleđe UNMIK a na Kosovu: Neuspeh u donošenju pravde i obeštećenju srodnika nestalih*, London 2013, 1 5.

[5] Mišljenje Savetodavne komisije za ljudska prava, Slučaj Momčilo Milenković protiv UNMIK a, br. 312/09, usvojeno 6.6.2013, 87. Ова оцена се прожима кроз не колико мишљења Саветодавне комисије за људска права. Амнести интернеше нел сматра у својим извештајима да је на Косову и Метохији створена атмосфе ра некажњивости, а до тога је дошло због пропуста УНМИК а да истражи могућу кривичну одговорност за почињене злочине (Amnesty International, Izveštaj, *Nasleđe UNMIK a na Kosovu: Neuspeh u donošenju pravde i obeštećenju srodnika nestalih*, London 2013, 5).

[6] Fond za humanitarno pravo: Istraživanje, dokumentacija i pamćenje, *Sudbina Srba, Crnogoraca, Roma, Bošnjaka i Aškalija nestalih na Kosovu,* novembar 2005, 2 4, FHP 14277.

[7] Вид. фн.2.

Намера нам је да на основу расположиве архивске грађе прикажемо случај убиства припадника српске заједнице на Косову и Метохији после завршетка оружаног сукоба између СРЈ и НАТО; тако, намера нам је да упоредимо чињенице везане за овај случај са ставовима из пресуда Европског суда за људска права у Стразбуру и, на тај начин, покажемо повреду и ускраћивање основних људских права. Тема рада је врло важна, актуелна, а о њој се мало писало. Размере кршења људских права на Косову и Метохији су веома велике, посебно када су у питању настрадали и чланови породица настрадалих од стране припадника ОВК, па је то основни разлог зашто смо се определили за горенаведени наслов.

Случај Богдана Ђокића је само један од примера убистава на националној основи који су се десили после завршетка оружаног сукоба и доласка КФОР-а и УНМИК-а на Косово и Метохију. Људска права жртава албанског терора и чланова њихових породица на Косову и Метохији повређују се и ускраћују од завршетка оружаног сукоба 1999. године, што ће се видети кроз пример који приказујемо у овом раду. Сви остали случајеви нестанака и убистава чланова српске заједнице на Косову и Метохији после доласка међународних снага безбедности су идентични, а породице настрадалих особа се суочавају с истим проблемима пред институцијама на Косову и Метохији, као и породица Ђокић.

2. СЛУЧАЈ БОГДАНА ЂОКИЋА

До 2006. године ексхумирани су посмртни остаци 256 настрадалих припадника српског народа и осталих неалбанаца на Косову и Метохији, идентификовано је 80, док су породицама предати посмртни остаци 63 њихова члана.[8] Један од убијених припадника српске заједнице, чији су посмртни остаци ексхумирани, идентификовани ДНК анализом и предати породици је и Богдан Ђокић.[9] Када је реч о околностима убиства Богдана Ђокића позивамо се на званична документа која су у поседу Архива Музеја жртава геноцида у Београду. Околности убиства Богдана Ђокића могу се сумирати на следећи начин.

Дана 18. јуна 1999. око поднева двојица пушкама наоружаних Албанаца прескочила су ограду и упала у двориште породице Ђокић.

[8] Ненад Антонијевић, „Страдање Срба и других неалбанаца на Косову и Метохији (1998 2006)“, *Прилози истраживању злочина геноцида и ратних злочина: Зборник радова*, (ур. Јован Мирковић), Београд 2009, 172.

[9] Богдан Ђокић, рођен 2.9.1932. у селу Трн, општина Урошевац, од оца Јована и мајке Цвете, са станом на адреси Мишарска бр. 3, Урошевац. Породица Ђокић је староседелачка на Косову и Метохији.

У том тренутку, у домаћинству породице Ђокић у Урошевцу, били су само супружници Богдан и Љубица. Незвани гости су Љубицу затекли у дворишту: „...рекли су ми с ким сам ту и шта више ту тражим што не идем“.[10] Поступак је класично застрашивање, у намери да се српска породица расели.

После сазнања да се домаћин налази у кући, наоружани Албанци су почели да лупају на врата куће. Приметивши у дворишту наоружане људе, Богдан Ђокић је изашао из своје куће с пиштољем у руци. Богдан и придошлице су држали оружје уперено међусобно. Албанци су тражили од Богдана Ђокића да им преда пиштољ, за који је имао легалну дозволу. Дошло је до краће расправе, где им је Богдан Ђокић одговорио „да хоће да преда оружје али да дођу на капију а не да прескачу зид“.[11] Насилници су се удаљили тек после интервенције комшије, Албанца Нијаза Краснићија, који је потом обавестио припаднике КФОР-а да Богдан Ђокић има лично наоружање.[12] Војници КФОР-а су убрзо дошли, одузели пиштољ од Богдана Ђокића и издали му реверс.[13] Реверс је издао амерички подофицир, Дени Грин (*Danny Green*), који је и одузео Богдану Ђокићу лично наоружање.

Све до 24. јуна, породица Ђокић није била узнемиравана. У вечерњим часовима тог дана, група људи прескаче зид и упада у двориште породице Ђокић. Сведок Љубица Ђокић наводи да су били наоружани и да је један од њих довикнуо: „Излазите мајку вам српску, отварај врата“.[14] Као и приликом првог напада, и овог пута

---

[10] АМЖГ, Фонд грађе о ратним сукобима од 1991. године, Косово и Метохија, Досије Богдан Ђокић, Записник о саслушању сведока Љубице Ђокић, супруге покојног Богдана Ђокића, састављен пред истражним судијом 19.7.2002. у Зајечару. У даљем тексту: Записник. Љубица (Војин) Ђокић, девојачко Недељковић, рођена је 16.3.1930. у селу Ливађе, општина Липљан.

[11] *Ibid.*

[12] *Ibid.* У записнику Љубица Ђокић сведочи: „Онда је комшија Шиптар рекао овој двојици да нам је комшија и да они иду а мени је рекао да ће да нас пријави КФОР у и да морамо да предамо оружје. За овим су сви отишли а одмах затим су дошли припадници КФОР а...“. И Драган Ђокић, син убијеног Богдана, посведо чио је детаље које му је мајка Љубица испричала: „Комшија из суседне куће Нијаз Краснићи је чуо галаму и мајчин плач. Он је позвао КФОР и преко врата од двориш та од наше куће разговарао са тим људима, а мајци је рекао да ће КФОР доћи и да предају оружје које имају у кући, то јест очев пиштољ КФОР у, како их више нико не би узнемиравао“ (митрополит Амфилохије Радовић, *Љетопис новог косовског распећа: дневнички и други записи, септембар 1999 децембар 2000*, Београд Цетиње 2011, 255).

[13] АМЖГ, Фонд грађе о ратним сукобима од 1991. године, Косово и Метохија, Досије Богдан Ђокић, Потврда/реверс подофицира војске САД а Дени Грина о одузимању пиштоља од Богдана Ђокића марке „црвена застава“ кал. 7, 65 мм, модел 70, бр. Ц 169703. Danny Green, SFC, U. S. Army, 96 th Civil Affairs 487 62 1288. На реверсу стоје потписи Богдана Ђокића и Дени Грина.

[14] Записник.

су наоружани Албанци прескочили зид, јер је капија дворишта била закључана. О томе шта се после дешавало, Љубица сведочи: „Мом мужу се учинило да су ови људи који су ушли у двориште почели да излазе и рекао ми да се не плашим да су отишли и пошто је мислио да су отишли отворио улазна врата и појавио се на иста и ја сам чула само пуцањ којим је мој муж био погођен и то смртоносно. Био је убијен одмах на лицу места. Вероватно су ови људи били сакривени близу у дворишту. Не знам одакле је пуцањ дошао јер сам била у кући“.[15] Убиство Богдана Ђокића забележила је Епархија Рашко–призренска и име покојног доставила Православље пресу. Дневни лист *Новости* пренео је списак убијених на Косову и Метохији од 2. јуна до 22. августа 1999, а под редним бројем 94 налази се име Богдана Ђокића из Урошевца.[16]

Убиство Богдана Ђокића убице су прославиле рафалним пуцањем у ваздух. По престанку „слављеничког пира“, када је било јасно да су убице отишле, Љубица Ђокић је изашла из куће и плачући, отрчала код комшије Нијаза Красниђија, од кога је тражила да позове припаднике КФОР-а. Патрола КФОР-а је убрзо дошла, обавила увиђај и пронашла мноштво чаура од метака око куће. Увиђај је вршио исти припадник КФОР-а који је неколико дана раније одузео лично наоружање Богдану Ђокићу.[17] Амерички подофицир Дени Грин.

Љубица Ђокић је након увиђаја, из страха за свој живот, напустила породичну кућу и отишла у зграду општине Урошевац, где је провела ноћ.[18] Припадници КФОР-а су јој рекли да ће тело убијеног супруга пребацити у амбуланту у Урошевцу. Сутрадан, припадници УНМИК-а су јој рекли да је убијени Богдан Ђокић сахрањен на гробљу у Урошевцу и показано јој је место где је наводно сахрањен.[19] Вечерњи 24. јун је дан кад је последњи пут видела супруга и породичну кућу, која је непосредно после тога опљачкана и спаљена.[20]

---

[15] *Ibid.*

[16] *Новости*, 2. септембар 1999.

[17] Записник.

[18] У записнику Љубица Ђокић наводи: „Ја сам отишла да спавам у Општи ну јер нисам смела да останем у кући...ја сам у Општину отишла око 23 h можда је било нешто мало раније и мој супруг мртав је остао да лежи на месту где је и погођен. Припадници КФОР а су остали када сам отишла“ (Записник).

[19] *Ibid.* Љубица Ђокић је на православно гробље отишла са сестром убијеног Богдана и њеним мужем, Верком и Благојем Михајловић. Драган Ђокић је посве дочио: „Мој теча је тада од дрвета направио крст и ставио га на гроб. Нико од њих тада није био сигуран да је у том гробу заиста сахрањен мој отац“ (митрополит Амфилохије Радовић, 256).

[20] Записник. Помоћни објекти који су, такође, спаљени налазили су се на 1 1,5 метар од куће Нијаза Красниђија. Интересантно је да кућа Нијаза Красниђија није захваћена пламеном.

Посмртне остатке убијеног Богдана, породица Ђокић преузела је од УНМИК полиције 22. децембра 2003. на Мердару, с пратећом документацијом о извршеној идентификацији и потврдом о смрти за покојног. Где се тело налазило до предаје, породици није било познато.[21] Лекарски извештаји о смрти показују да је смрт Богдана Ђокића наступила услед устрела у пределу лобање.[22]

После идентификације и преузимања посмртних остатака убијеног Богдана Ђокића од УНМИК полиције, породица је поднела кривичну пријаву Јавном окружном тужилаштву у Приштини. Кривична пријава поднета је против Н.Н. извршилаца кривичних дела позивајући се на кривично дело геноцида чл. 141 Кривичног закона СРЈ, несавесног рада у служби чл. 182/2 КЗ СРЈ, убиства чл. 47/2 тач. 1, ст. 1 КЗ Републике Србије, тешке крађе чл. 166/2 КЗ РС и непријављивање кривичног дела или учиниоца чл. 203/2 КЗ РС.[23] Кривичну пријаву исте садржине, породица Ђокић је послала поштом Међународном тужиоцу Окружног јавног тужилаштва у Гњилану.[24]

Породица Ђокић се у образложењу кривичне пријаве позвала на: кривично дело „геноцид" – јер је убиство извршено с умишљајем, дело је извршено од више извршилаца, против припадника друге националности, с циљем да се појединац припадник другог народа уништи и протера из своје куће и свог домаћинства, иако је убијени остао само са својом супругом, да би након извршеног дела од стране вероватно истих извршилаца убиства, била уништена кућа и сва имовина убијеног Богдана, све с умишљајем да се униште сви докази

[21] Канцеларија за судску медицину у Приштини као датум смрти утврдила је 21.8.2000. То је, у ствари, датум ексхумирања тела. То се види из потврде о смрти Одељења за правосуђе, Канцеларије за судску медицину у Приштини, од 5.11.2003. Потврду је издао форензички лекар Марек Гасиор. Исто и у потврди о идентитету/ДНК анализи Канцеларије за нестала лица и судску медицину, од 28.11.2003. Тело је 2000. године ексхумирано са урошевачког гробља, пребачено на Институт за судску медицину у Приштини, и после обдукције и узимања ДНК узорка поново сахрањено на заједничко гробље у Сувој Реци. Када је ДНК анализом утврђен идентитет Богдана Ђокића, са гробља у Сувој Реци је ексхумирано 2003. године и предато породици.

[22] АМЖГ, Фонд грађе о ратним сукобима од 1991. године, Косово и Метохија, Досије Богдан Ђокић, Лекарски извештај о смрти проф. др Славише Добричанина, од 22.12.2003; Potvrda o smrti Odeljenja za pravosuđe, Kancelarija za sudsku medicinu u Prištini, br. MPU 2001 000970 LL 03/002B, od 5.11.2003. Potvrdu izdao forenzički lekar Marek Gasior.

[23] АМЖГ, Фонд грађе о ратним сукобима од 1991. године, Косово и Метохија, Досије Богдан Ђокић, Krivična prijava porodice Đokić OJT u Prištini, od 8.10.2004. Кривичну пријаву су поднели Љубица Ђокић и синови пок. Богдана Ђокића: Драган, Ђорђе и Звонко.

[24] АМЖГ, Фонд грађе о ратним сукобима од 1991. године, Косово и Метохија, Досије Богдан Ђокић, Krivična prijava porodice Đokić Međunarodnom tužiocu OJT u Gnjilanu.

извршеног убиства, али и постојања куће и домаћинства; кривично дело „убиство" – покојни Богдан Ђокић је лишен живота на кућном прагу, на свиреп и подмукао начин; кривично дело „тешка крађа" – после убиства Богдана Ђокића, његово домаћинство је опљачкано, кућа спаљена и срушена, остале су на лицу места само рушевине; кривично дело „несавестан рад у служби" – породица Ђокић у кривичној пријави сматра да је подофицир САД-а Дени Грин извршио наведено кривично дело због тога што је узео пиштољ од Богдана Ђокића за који је имао уредно издату дозволу од легалних органа, и на тај начин га лишио личног обезбеђења. Такође, подофицир САД-а није идентификовао нити лишио оружја нападаче Албанце или предузео другу радњу како би заштитио двоје старих особа, који су били једини припадници другог народа у читавом окружењу. Оваквим (не) поступцима је допринео да наступе трајне и изузетно тешке последице по живот и имовину Богдана Ђокића. Једном реченицом, није испунио своју службену дужност; кривично дело „непријављивање кривичног дела или учиниоца" – уперено је против представника КФОР-а по вертикали, тј. командној одговорности због неделања после извршеног убиства и уништавања имовине. Припадници КФОР-а су пропустили да пријаве кривично дело за које су сазнали у току вршења своје дужности.

У кривичној пријави породице Ђокић, тужиоцу је предложено: да се покрене кривични поступак против Н.Н. извршилаца кривичних дела; да се као доказ изведе (а у покренутом поступку саслуша) изјава Љубице Ђокић, супруге убијеног Богдана Ђокића, дата на записник пред истражним судијом Општинског суда у Зајечару на дан 19. јула 2002; да се у својству сведока на околности напада и извршења кривичног дела саслуша комшија Албанац Нијаз Краснићи из Урошевца, Ул. Мишарска бр. 1; да се на околности узимања личног наоружања (пиштоља) од убијеног Богдана Ђокића у својству сведока саслуша представник америчког КФОР-а Дени Грин; да се на околности извршења свих описаних кривичних дела по принципу командне одговорности, саслушају командири и више старешине јединице КФОР-а, који су имали законска овлашћења у вршењу власти у време извршења описаних дела по овој пријави; да се позову комшије и особе које су познавале убијеног Богдана Ђокића, како би се утврдило стање имовине пре извршења описаних кривичних дела; да се против свих извршилаца описаних кривичних дела предузме кривично гоњење и да се осуде по закону. Породица Ђокић је у кривичној пријави изјавила да има и поставила имовинскоправни захтев, а исти ће определити и поднети током покренутог кривичног поступка.

По кривичној пријави коју је поднела породица Ђокић, до данас, није поступано. Није покренут кривични поступак против

Н.Н. извршилаца кривичних дела, није саслушан у својству сведока комшија породице Ђокић, Нијаз Красниђи, није саслушана Љубица Ђокић, није саслушан подофицир САД-а Дени Грин, нису саслушане комшије породице Ђокић, итд. Породица Ђокић, до данас, није добила било какво обавештење од Јавног окружног тужилаштва у Приштини нити од Међународног тужиоца у Гњилану.

Такође, дана 17. септембра 2004. супруга и синови Богдана Ђокића поднели су тужбу Општинском суду у Урошевцу против Владе Косова (ентитет), општине Урошевац, УНМИК-а и КФОР-а, а ради накнаде штете због опљачкане и уништене имовине. До данас није заказано ниједно рочиште нити је породица Ђокић добила било какав допис из суда.[25]

Крајем фебруара 2014. породица Ђокић упутила је уставну жалбу Уставном суду Косова. Регистрована је у Секретаријату Уставног суда Косова под бројем KI36/14.[26] Уставна жалба је поднета због непоступања и нечињења по захтевима из кривичне пријаве и тужбе, с циљем спровођења истраге ради расветљавања свих околности убиства Богдана Ђокића, а нарочито због тога што нису откривени и процесуирани починиоци. Уставна жалба је поднета и због уништавања имовине и непоступања по тужби за накнаду штете.[27]

Подносиоци уставне жалбе сматрају да је убиством Богдана Ђокића и пљачкањем и уништавањем његове имовине, а непоступањем и нечињењем косовских органа, прекршен члан 2 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у целости – право на живот, чл. 6, ст. 1 Конвенције – право на правично суђење и суђење у разумном року, чл. 13 Конвенције – право на делотворан правни лек и Протокол 1 уз Конвенцију – обавеза заштите имовине. Породица Ђокић се позвала и на релевантне одредбе Устава Косова, и то: чл. 3 и 24 – једнакост пред законом, чл. 25 – право на живот, чл. 31 – правично и непристрасно суђење, чл. 32 право на правно средство, чл. 46 – заштита имовине и чл. 54 – право на судску заштиту.

Жалба је упућена због следећих пропуста косовских органа: кашњење у покретању званичне истраге (позивајући се на пресуду ЕСЉП Чичек против Турске, бр. 25704/94); истрага кратка и површна (Орхан против Турске, бр. 25656/94); изостанак брзе и делот-

[25] АМЖГ, Фонд грађе о ратним сукобима од 1991. године, Досије Богдан Ђокић, Tužba Opštinskom sudu u Uroševcu, od 17.9.2004.

[26] АМЖГ, Фонд грађе о ратним сукобима од 1991. године, Косово и Метохија, Досије Богдан Ђокић, Obaveštenje o registraciji zahteva KI36/14 Sekretarijata Ustavnog suda Kosova, od 15.4.2014.

[27] АМЖГ, Фонд грађе о ратним сукобима од 1991. године, Косово и Метохија, Досије Богдан Ђокић, Ustavna žalba porodice Đokić.

ворне истраге, пропуст тужилаштва и полиције да спроведу истрагу, истрага није спроведена разумно брзо (Булдан против Турске, бр. 28298/95); изостанак темељне и објективне истраге (Ангелова против Бугарске, бр. 38361/97); пропуст да се прибаве важни докази (Булдан против Турске, бр. 28298/95); пропуст да се подносиоци пријаве обавесте о напредовању истраге или донетој одлуци (Орхан против Турске, бр. 25656/94); неиспитивање сведока, пропуст јавног тужиоца да узме изјаве од сведока (Ипек против Турске, бр. 25760/94). У уставној жалби се породица Ђокић такође жалила на повреду права на суђење у разумном року, јер се о поднетој тужби за накнаду штете и поднетој кривичној пријави није одлучивало скоро 10 година. Због тога што починиоци убиства Богдана Ђокића нису пронађени и процесуирани и што није утврђено ко им је опљачкао имовину и запалио кућу, породица Ђокић је лишена могућности да наплати насталу штету.[28]

Дана 8. маја 2014, породица Ђокић је поштом послала захтев Међународном тужиоцу ЕУЛЕКС-а, тражећи да ЕУЛЕКС преузме случај од косовског тужилаштва и да се покрене истрага поводом убиства Богдана Ђокића.[29] ЕУЛЕКС је на тај захтев одговорио дописом којим потврђује да је задужен за тешка кривична дела на Косову и Метохији, истовремено препоручујући породици Ђокић да настави да се обраћа косовским органима тражећи најновије информације.[30] С обзиром на то да се у допису нигде експлицитно не наводи да ли ЕУЛЕКС преузима случај или не, породица Ђокић је 29. септембра 2014. упутила још један допис, истичући да се ради о ратном злочину, да је ЕУЛЕКС задужен за истрагу, кривично гоњење и суђење тешких кривичних дела и да је став ЕУЛЕКС-а благо речено неприхватљив. „Кривична пријава је поднесена још 2004. године, дакле пре 10 година. Од тада па до данас ни једну једину информацију нисмо добили, нити је према нашим сазнањима предузета било која предистражна или истражна радња. Немамо информацију чак ни да ли је истрага формално покренута, а покушавали смо да се информишемо. Ја сам се ЕУЛЕКС-у обратио управо због тога јер нико здравог разума не може очекивати да се ова истрага пред косовским институцијама помери са мртве тачке... Дакле, како косовске институције за 10 година нису предузеле ништа да се открију починиоци убиства Богдана Ђокића и казне у складу са законом, јасно је да се то ни у будућности

28 *Ibid.*

29 АМЖГ, Фонд грађе о ратним сукобима од 1991. године, Косово и Метохија, Досије Богдан Ђокић, Zahtev Međunarodnom tužiocu EULEX a, od 8.5.2014. Потврда о пријему пошиљке.

30 АМЖГ, Фонд грађе о ратним сукобима од 1991. године, Косово и Метохија, Досије Богдан Ђокић, Dopis Kancelarije šefa osoblja EULEX a, br. 2014 COS 0803, od 21.8.2014.

не може очекивати“.[31] Породица Ђокић је на крају дописа тражила да ЕУЛЕКС експлицитно одговори да ли ће преузети истрагу у овом случају или не.

ЕУЛЕКС је на овај допис одговорио дописом од 18. новембра 2014. којим обавештава: „На основу косовског закона о изменама и допунама закона у вези са мандатом Мисије владавине права Европске уније у Републици Косово бр. 04/L-273, предмет се може доделити тужиоцу ЕУЛЕКС-а на основу заједничке одлуке главног државног тужиоца Косова и главног тужиоца ЕУЛЕКС-а, само у случајевима из чл. 7А Закона о надлежности. Важећим законом није предвиђен ниједан други поступак у ком тужиоци ЕУЛЕКС-а могу да преузму предмет“.[32] У складу с овим дописом ЕУЛЕКС-а, породица Ђокић је послала захтев Главном државном тужиоцу Косова 19. јануара 2015.[33] У допису је затражено да косовски органи покрену истрагу поводом убиства њиховог сродника или да се предмет додели тужиоцу ЕУЛЕКС-а.

Уставни суд Косова је дана 8. децембра 2014. донео Решење о неприхватљивости у случају жалбе коју је поднела породица Ђокић због недостатка кривичне истраге убиства и надокнаде за уништавање имовине. Уставни суд Косова утврдио је да је Основни суд у Урошевцу 19. децембра 2011. донео пресуду П. бр. 1403/04, којом је одбацио тужбу породице Ђокић за накнаду штете као неприхватљиву. У тач. 29 Решења наводи се: „Поред тога, Основни суд у Урошевцу је обавестио да одлука суда у Урошевцу, од 19. децембра 2011, *никада није достављена подносиоцима захтева нити је објављена у новинама*“.[34] У тач. 28 Решења о неприхватљивости наводи се: „Суд је, такође, нашао да ниједан кривични поступак у вези са горенаведеним убиством није почет нити је у току пред различитим тужилаштвима или судским инстанцама“.[35] У тач. 35 Уставни суд Косова наводи: „...Суд прелиминарно примећује да је кључна чињеница да се убиство десило 24. јуна 1999, што значи пре него што је УНМИК преузео ‘управљање правосуђем’ и да је грађанска тужба уложена Суду у Урошевцу 17. септембра 2004, што значи много пре него

[31] АМЖГ, Фонд грађе о ратним сукобима од 1991. године, Косово и Метохија, Досије Богдан Ђокић, Dopis porodice Đokić Glavnom štabu EULEX a, od 29.9.2014.

[32] АМЖГ, Фонд грађе о ратним сукобима од 1991. године, Косово и Метохија, Досије Богдан Ђокић, Dopis EULEKS a br. 2014 COS 0803, od 18.11.2014.

[33] АМЖГ, Фонд грађе о ратним сукобима од 1991. године, Косово и Метохија, Досије Богдан Ђокић, Zahtev Glavnom državnom tužiocu Kosova, od 19.1.2015.

[34] АМЖГ, Фонд грађе о ратним сукобима од 1991. године, Косово и Метохија, Досије Богдан Ђокић, Rešenje o neprihvatljivosti Ustavnog suda Kosova br. KI36/14, od 8.12.2014.

[35] *Ibid.*

што је Устав ступио на снагу, 15. јуна 2008“.[36] У тач. 36–38 и 42 Уставни суд Косова даје објашњење да догађаји из 1999. године не спадају под његовим временским надлежностима, већ само догађаји од доношења Устава Косова, односно од 15. јуна 2008. У тач. 45 је експлицитнији, па се наводи: „...Суд сматра да чињенице које су се десиле пре ступања на снагу Устава не спадају у временску надлежност Суда“.[37] Због тога, у тач. 48 Суд наводи: „...уставне одредбе на које се позивају подносиоци захтева, нису уопште примењиве у овом случају“.[38]

3. ПРАВНА РАЗМАТРАЊА

Једно од најважнијих људских права је право на живот. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода чл. 2, ст. 1 прописује: „Право на живот сваке особе заштићено је законом. Нико не може бити намерно лишен живота, сем приликом извршења пресуде суда којом је осуђен за злочин за који је ова казна предвиђена законом“.[39] Право на живот је основно право човека и сматра се императивним, тј. апсолутно обавезним у погледу поштовања од стране сваке власти. Живот сваког појединца је неприкосновен. Европски суд за људска права је доследно утврђивао да обавеза заштите права на живот, гарантованог чл. 2 Конвенције, захтева постојање неке врсте делотворне званичне истраге када су појединци убијени услед употребе силе.[40] Овај чл. 2 Конвенције тумачен је у вези с општом обавезом државе према чл. 1 Конвенције да сваком обезбеди у оквиру своје надлежности права и слободе дефинисане Конвенцијом. Истрага мора бити делотворна у смислу да може довести до идентификације и кажњавања одговорних.[41] Обаве-

[36] *Ibid.*

[37] *Ibid.*

[38] *Ibid.* Замерка Уставног суда Косова подносиоцима жалбе је што је кри вична пријава поднета пет година после убиства, односно 2004. године. Међутим, Уставни суд Косова је превидео да породица није знала где се налази тело њиховог убијеног сродника, све до децембра 2003. године када су преузети његови пос мртни остаци и када је породица добила потврде о смрти и другу релевантну документацију од УНМИК а. Злонамерно или не, Уставни суд Косова у свом решењу о неприхватљивости на више места наводи како је тело покојника идентификовано 2002. године и како су подносиоци жалбе преузели посмртне остатке њиховог срод ника 2002. године, иако су посмртни остаци преузети у децембру 2003. године, по што је месец дана раније идентификовано тело покојника ДНК анализом.

[39] Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

[40] ECHR, *Case of Anguelova v. Bulgaria,* no. 38361/97, 13.6.2002, article 62; ECHR, *Case of McCann and others v. UK*, no. 18984/91, 27.9.1995, article 161.

[41] ECHR, *Case of Ogur v. Turkey*, no. 21594/93, 20.5.1999, article 88.

за спровођења истраге није обавеза циља, већ обавеза средства. Према томе, власти морају предузети све разумне кораке на располагању да обезбеде доказе у вези с тим догађајем, укључујући сведочење очевидаца,[42] и доказе од других кључних сведока.[43] Кад постоји вероватна или веродостојна тврдња, доказ или информација која је релевантна за идентификацију и евентуално кривично гоњење или санкционисање незаконитог убиства, власти су обавезне да предузму даље истражне радње.[44] Било какав недостатак у истрази који подрива могућност утврђивања узрока смрти или идентификовања одговорних лица за убиство, може довести до ризика да се наведени стандард неће поштовати.[45] Поред овога, постоји и имплицитни захтев за хитношћу и разумном експедитивношћу.[46] Брзо реаговање власти у ситуацијама које укључују употребу смртоносне силе могу се генерално сматрати суштинским за очување поверења јавности у владавину права и спречавање сваке појаве завере или толерисања незаконитих радњи.[47] Без обзира да ли су кривичну пријаву поднели рођаци убијеног, надлежни органи су ти који треба да покрену истрагу.[48] Такође, повреде су утврђене где је суђење трајало неоправдано дуго.[49] Даље, истрага мора да буде континуирана, чиме се постиже стваран напредак у спровођењу истраге.[50] Сваки дужи период неактивности на случају може довести до неуспелог наставка истраге ради идентификовања починилаца.[51]

Упоређивањем случаја који смо приказали с горенаведеном праксом ЕСЉП, долазимо до закључка да је начињен пропуст, прво од стране УНМИК-а, а онда и косовских органа и ЕУЛЕКС-а, да се спроведе хитна, темељна и делотворна истрага о смрти Богдана Ђокића. Направљено је низ пропуста да се прибаве важни докази. Сведоци нису испитани (пропуст јавног тужиоца да узме изјаве од сведока). У случају убиства Богдана Ђокића, нису испитана два

42 ECHR, *Case of Orhan v. Turkey*, no. 25656/94, 18.6.2002, article 92.

43 ECHR, *Case of Onen v. Turkey*, no. 22876/93, 14.5.2002, article 88.

44 ECHR, *Case of Brecknell v. UK*, no. 32457/04, 27.11.2007, article 71 75.

45 ECHR, *Case of Bazorkina v. Russia*, no. 69481/01, 27.7.2006, article 118; ECHR, *Case of Nachova and others v. Bulgaria*, no. 43577/98 and no. 43579/98, 6.7.2005, article 113.

46 ECHR, *Case of Yaşa v. Turkey*, no. 22495/93, 2.9.1998, article 102 104; ECHR, *Case of Mahmut Kaya v. Turkey*, no. 22535/93, 28.3.2000, article 106 107.

47 ECHR, *Case of Jularić v. Croatia*, no. 20106/06, 20.1.2011, article 43.

48 ECHR, *Case of Tanrikulu v. Turkey*, no. 23763/94, 8.7.1999, article 103.

49 ECHR, *Case of Opuz v. Turkey*, no. 33401/02, 9.6.2009, article 151. Предмет у коме је кривични поступак трајао дуже од шест година (прим. аутора).

50 ECHR, *Case of Yaşa v. Turkey*, no. 22495/93, 2.9.1998, article 100.

51 ECHR, *Case of Takhayeva and others v. Russia*, no. 23286/04, 18.9.2008, article 93.

кључна сведока који су видели нападаче на породицу Ђокић: Љубица Ђокић и Нијаз Краснићи. Затим, породица Ђокић је живела у центру Урошевца, па је немогуће да наоружани људи не буду примећени. Испитивањем комшија породице Ђокић, дошло би се до починиоца. Пљачкање и спаљивање имовине породице Ђокић је, такође, морало да буде примећено од стране комшија. Нико од комшија није обавестио полицију, што указује на подржавање таквих активности. Још један недостатак истраге је што најближи сродник жртве није био укључен у процес истраге нити је о томе обавештаван. Сродник није имао приступ процесу истраге. Пропуштено је да се подносиоци пријаве обавесте о напредовању истраге или донетој одлуци. Посебно је важно обезбедити увид јавности, пре свега најближих рођака жртве, у резултате истраге. А као што се види из приказаног случаја, подносиоци нису били укључени у истрагу, јер истраге није ни било. Став Европског суда је да најближи сродник жртве мора бити укључен у поступак у оној мери која је неопходна да се гарантује њен или његов законити интерес.[52] „У свим случајевима најближа родбина жртве мора бити укључена у поступак у оној мери у којој је неопходно заштитити његове или њене легитимне интересе".[53] Породица Ђокић никада није добила било какав допис у вези с истрагом од УНМИК-а, ОЈТ у Приштини, као ни по тужби за накнаду штете од Општинског суда у Урошевцу. Након 15 година од убиства Богдана Ђокића и пљачкања и уништавања његове имовине није учињен конкретан и уверљив напредак у истрази, па се истрага не може сматрати делотворном како прописује чл. 2. Појам делотворности захтева да истрага буде таква да доведе до идентификације и кажњавања починиоца. „Брза реакција органа власти у истрази везаној за употребу смртоносне силе може се уопште сматрати да је од виталног значаја за очување вере јавности у привржeност владавини права и за спречавање сваке појаве тајног договарања око незаконитих радњи или њиховог толерисања".[54] Спровођење истраге није обавеза у погледу исхода, већ у погледу средстава. Требало је да се обезбеде докази који се тичу околности убиства: писмени исказ очевидаца (изјаве нису узете од свих релевантних сведока, укључујући очевице), налаз аутопсије и налаз судског вештака форензичара (аутопсија и судскомедицински преглед Богдана Ђокића извршени су после више од годину дана од убиства), писмени исказ комшија породице Ђокић, итд. Сви ови пропусти су умањили могућност да се установи идентитет одговорних лица. Изостала је хитна и темељна акција надлежних ор-

---

[52] ECHR, *Case of McKerr v. UK*, no. 28883/95, 4.5.2001, article 48; ECHR, *Case of Hugh Jordan v. UK*, no. 24746/94, 4.5.2001, article 109.

[53] Žil Ditertr, *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, Beograd 2006, 49.

[54] *Ibid.*

гана. После 15 година од убиства, значајни резултати нису постигнути, а то је још један доказ да је прекршен чл. 2 Конвенције.[55]

Имајући на уму све написано, закључује се да органи власти нису спровели делотворну званичну истрагу у случају који смо приказали. Нису предузете одговарајуће мере с циљем ваљане истраге убиства Богдана Ђокића, те је дошло до кршења процедуралних правила везаним за истрагу губитка живота сагласно чл. 2 ЕКЉП. Истраге прописане чл. 2 ЕКЉП морају да буду усмерене ка идентификацији и санкционисању одговорних лица.[56] Овај услов није испуњен у датом случају. Следствено томе, закључује се да је дошло до кршења чл. 2 кад је о његовом процедуралном аспекту реч.

Право на имовину штити Протокол 1 уз Конвенцију: „Свако физичко или правно лице има право на неометано уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права".[57] Пљачкање и уништавање имовине породице Ђокић, после убиства Богдана Ђокића, представља повреду права на имовину. Неоткривањем и некажњавањем починилаца, породица Ђокић је лишена могућности да наплати штету. Пљачкање и уништавање имовине трајно је лишила породицу Ђокић власништва над извесном имовином, па је више него јасно да је дошло до повреде и ускраћивања права на мирно уживање имовине. Породица Ђокић је само једна од породица чије су куће спаљене и уништене на Косову и Метохији после завршетка оружаног сукоба. Процена је да је на Косову и Метохији спаљено, уништено или оштећено око 40.000 кућа и домова припадника српског народа и других неалбанаца. Треба нагласити да су косовски судови доследно одбацивали тужбе поднете за накнаду штете против УНМИК-а, КФОР-а и косовских институција.

Члан 6, ст. 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода прописује: „Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама, или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона".[58] Када је реч о утврђивању повреде права на суђење у разумном року, критеријуми ЕСЉП за оцењивање су јасни. Оправданост дужине поступка цени се у светлу околности предмета и на основу критеријума утврђених његовом судском праксом, посебно у вези са сложеношћу предмета, понашањем странака и надлежних орга-

55 ECHR, *Case of Isaak v. Turkey*, no. 44587/98, 24.6.2008, article 124.

56 ECHR, *Case of Bazorkina v. Russia*, no. 69481/01, 27.7.2006, article 117.

57 Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода.

58 *Ibid*.

на, као и према важности предмета за подносиоце представке. Из случаја који смо приказали јасно се назиру извесни пропусти, као што су пасивност истражних органа. Без обзира на начин истраге, органи власти морају реаговати чим се поднесе званична притужба. Истрага би требало да доведе до идентификације и кажњавања одговорних. Као што се из случаја Богдана Ђокића види, истрага није ни отворена. Предмет није толико сложен да надлежни органи не могу 15 година да открију и процесуирају починиоце. Како је у питању убиство члана породице и пљачкање и уништавање њихове имовине, јасно је да предмет има велику важност за подносиоце кривичне пријаве и тужбе. Чињеница да се о поднетој тужби за накнаду штете одлучивало тек после седам година, а о поднетој кривичној пријави се није одлучивало 10 година, а да је од тренутка убиства Богдана Ђокића прошло 15 година, довољно говори о повреди права на правично суђење и суђење у разумном року. Повреду чл. 6 Конвенције, у овом случају, треба посматрати самостално, али и у складу са чл. 2 и Протоколом 1 уз Конвенцију. Очигледно је да је породици Ђокић ускраћено право на приступ правди.

Члан 13 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода – право на делотворан правни лек прописује: „Свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој конвенцији има право на делотворан правни лек пред домаћим властима, без обзира на то да ли су повреду извршила лица која су поступала у службеном својству“.[59] Основно начело правила неискоришћености правних лекова је да надлежним органима (пре свега судовима), пружи могућност да спрече или исправе наводна кршења релевантних међународних инструмената. Као што се из приказаног случаја види, кривична пријава и тужба за накнаду штете нису биле делотворне. Породици Ђокић није на располагању ефикасно правно средство, а велики недостатак представља и то што Косово није члан Савета Европе, па је грађанима ускраћено да се обрате Европском суду за људска права у Стразбуру. Празнина и пасивност у истрази, такође, указују на ускраћивање делотворности. Повреду чл. 13 Конвенције у овом случају треба тумачити самостално, али и у складу са чл. 2 и Протоколом 1 уз Конвенцију. Унутрашњи правни поредак није обезбедио делотворан лек за прекршена права.[60] Делотворан лек била би темељна и ефикасна истрага која би довела до идентификације и кажњавања оних који су одговорни за лишавање живота,[61] а не само информације које би потврдиле да је истрага очигледно на мртвој тачки од 1999. године.

---

[59] *Ibid*.

[60] ECHR, *Case of Selmouni v. France*, no. 25803/99, 28.7.1999, article 74.

[61] ECHR, *Case of Keenan v. UK*, no. 27229/95, 3.4.2001, article 122.

4. О (НЕ)ОДГОВОРНОСТИ

Поред приказаног случаја убиства и праксе ЕСЉП, треба указати и на (не)одговорност КФОР-а, УНМИК-а и косовских институција у датом случају. Из случаја је очевидна одговорност КФОР-а и УНМИК-а: нису заштитили живот и имовину Богдана Ђокића, нису одмах спровели делотворну истрагу, нису одмах извршили обдукцију, нису обавештавали породицу о предузетим радњама, итд. Одговорност власти постоји кад власти знају или би требало да знају да је његов живот угрожен.[62] Власти су пропустиле да предузму одговарајуће кораке да заштите Богдана Ђокића од нападача. Органи власти, КФОР и УНМИК, прекршили су своје обавезе у заштити права на живот и имовину Богдана Ђокића: имали су дужност да заштите и сузбију кривична дела против Богдана Ђокића. Из случаја је јасно да су органи власти знали још 18. јуна да постоји стварни и непосредни ризик по живот Богдана и Љубице Ђокић, а од стране албанских нападача. Органи власти нису предузели превентивне мере да се тај ризик избегне. Супротно, лишили су Богдана Ђокића личног наоружања и онемогућили му одбрану, а с друге стране, нису идентификовали нападаче нити их разоружали, иако су нападачи поседовали оружје за масовно уништавање. То је довело до убиства Богдана Ђокића 24. јуна 1999.

УНМИК је пропустио да истражи убиство. УНМИК је био у обавези да, ако не одмах после убиства, онда након што је породици предао посмртне остатке њиховог сродника, покрене истрагу. Мишљење ЕСЉП је да су надлежни органи ти који треба да покрену истрагу, без обзира да ли су кривичну пријаву поднели рођаци убијеног или нису поднели.[63] УНМИК није доставио породици Ђокић било какав истражни материјал у вези с кривичном истрагом. Од непосредног сведока убиства, Љубице Ђокић, није никада ни узета изјава од стране УНМИК-а нити су члановима породице пружене било какве информације у погледу истраге.

Уставни суд Косова није одговорио да ли је доношење првостепене пресуде по тужби за накнаду штете после седам година повреда права на суђење у разумном року. Устав Косова је донет 15. јуна 2008, а наведена пресуда је донета 19. децембра 2011. Према томе, период од доношења Устава до доношења пресуде спада у временску надлежност Уставног суда Косова, па је нелогично зашто Уставни суд Косова није разматрао поступање Основног суда у Урошевцу за период 2008–2011. године. Уставни суд није дао одговор да

[62] ECHR, *Case of Osman v. UK*, no. 87/1997/871/1083, 28.10.1998, article 56 72.

[63] ECHR, *Case of Tanrikulu v. Turkey*, no. 23763/94, 8.7.1999, article 103.

ли је Основни суд у Урошевцу повредио право на суђење у разумном року породици Ђокић, јер се на првостепену пресуду чекало више од три године (што спада у надлежност Суда), не рачунајући период од 2004–2008. године.

Такође, веома важно је питање обештећења жртава и чланова њихових породица због повреда људских права. Тренутно не постоји правни механизам како би се остварила накнада материјалне и нематеријалне штете због повреда права од стране КФОР-а, УНМИК-а и ЕУЛЕКС-а.

5. ЗАКЉУЧНА ОЦЕНА

Случај који смо приказали указује на непоштовање међународних стандарда у области заштите људских права на Косову и Метохији. Случај Богдана Ђокића показује херметичку затвореност косовских органа када је реч о проналажењу и процесуирању одговорних Албанаца за убиства која су вршена на националној основи. Треба рећи да за почињена кривична дела отмица и убистава над српском заједницом на Косову и Метохији скоро нико није одговарао.

УНМИК је био задужен за заштиту људских права на Косову и Метохији у периоду 1999–2008. године, али је занемарио права жртава албанског терора и чланова њихових породица. Док се од правосудног система Косова није ни очекивало да се озбиљно позабаве жртвама албанског терора, занемаривање људских права је настављено и доласком мисије ЕУЛЕКС-а крајем 2008. године на Косово и Метохију.

У многим случајевима нестанака и убистава српског становништва на Косову и Метохији истраге нису вршене или су само формално отворене. Истрага поводом убиства Богдана Ђокића није ни била отворена. Непоступање косовских органа по кривичној пријави породице Ђокић, указује на заташкавање злочина, јер три надлежна органа (полиција, тужилаштво, суд) ништа нису предузели, а морали су по свим међународним нормама.

Bojan Đokić, MA

BREACHING OF HUMAN RIGHTS IN KOSOVO AND METOHIJA (1999-2014): A CASE STUDY

Summary

The war between Yugoslavia and NATO, which lasted since 24. March until 10. June 1999, completed with Serbian forces withdrawal from Kosovo-Metohija. With the arrival of peacekeeping forces of KFOR and the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK) new resurrection of Serbian community in Kosovo-Metohija has begun. Thousands crimes have been committed against the members this community. Responsible for the crimes mostly remains unidentified and unpunished. KFOR, UNMIK, EULEX along with institutions of Kosovo deny and violate human rights of the Serbian community since 1999 until nowadays. Case of Bogdan Djokic reveals denial and violation of right to life, tenure right, right for fair trial and legal remedy.

Key words**:** *Kosovo and the Metohija.– Human rights.– Bogdan Djokic.– KLA*.

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

УДК 342.4:322.24(497.11)

CERIF: S148, S115

Петар Митровић*

НАЧЕЛО СВЕТОВНОСТИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ ПРЕМА УСТАВУ ИЗ 2006.

Главни циљ овог рада јесте да понуди анализу начела световности пре ма Уставу из 2006, и, у оквиру тога, аутор нуди аргументе у прилог тези да садашњи Устав прихвата модел строге одвојености државе и цркве. Рад такође посвећује пажњу питањима од великог значаја за државно црквене односе: финансирању цркава и верских заједница из буџета, верским обреди ма у државним органима и институцијама, те улози традиционалних цркава и верских заједница у систему јавног образовања, и даје мишљење о њиховој уставности у уставном систему Републике Србије.

Кључне речи: *Начело световности. Финансирање из буџета. Верски об реди. Православни богословски факултет. Верска настава.*

1. УВОД

Начело световности у Републици Србији своје порекло везује за долазак Комунистичке партије Југославије на власт, након завр-шетка Другог светског рата. Тада настаје друга југословенска држава и током тог периода у Србији је било донето три устава. Сва три устава су прокламовала одвојеност државе и цркве, вера је схватана као приватна ствар појединца, али су такође остављали могућност да држава материјално помаже верске заједнице. Готово истоветне идеје биле су садржане у Уставу из 1990, будући да он не доноси новине и овом питању посвећује мало пажње. Под важењем овог устава, 20. априла 2006. донет је Закон о цркава и верским заједницама (даље у

---

* Аутор је студент друге године Правног факултета Универзитета у Београ ду, *petarmbg@gmail.com*

тексту: ЗЦВЗ)[1] који је и данас на снази, и тиме је попуњена правна празнина која је настала 1993. укидањем Закона о правном положају верских заједница. Неколико месеци касније уследило је доношење новог Устава у коме световност државе добија нови статус: она је уздигнута на ранг уставног начела.

Упоредо са доношењем ЗЦВЗ и новог Устава, овај период обележавају и непрестане расправе у погледу улоге религије у друштву и јавном животу, те о избору модела државно-црквених односа који би требало применити. Те расправе су посебно биле надахнуте чињеницом да религија све више добија на значају у јавном животу, као и тиме што односи између државе и верских колектива постају све сложенији: верска настава се враћа у државне школе (2001), Православни богословски факултет поново постаје део Универзитета у Београду (2004), верски празници, попут славе, се нашироко обележавају у државним органима и институцијама, а верске заједнице добијају материјалну помоћ из буџета.

И поред своје многобројности, стиче се утисак да су расправе најчешће биле идеолошке природе и да је изостала озбиљна јавна расправа о држави и цркви у Србији, чији је неизоставни део морала бити анализа спорних питања у светлу Устава из 2006. Због тога је циљ овог рада да пружи правну анализу уставног начела световности и постојећег законодавства које уређује државно-црквене односе, узимајући у обзир међународно право и нормативна решења према Уставу из 2006.

2. НАЧЕЛО СВЕТОВНОСТИ

2.1. Начело световности: међународно право и међународна пракса

Начело световности у својој суштини представља одвојеност државних и црквених власти. Поред институционалне одвојености државе и цркве, која се огледа како у очувању независности државне власти тако и аутономије верских колектива, световност обухвата неутралност државе у погледу верских питања, иако не постоји сагласност око тога да ли државна неутралност треба да буде потпуна, или је, пак, могуће оправдати различите облике сарадње између државе и цркве и привилегован статус неких верских колектива. Због тога карактер начела световности треба проучавати на нивоу сваке државе, јер оно пре свега зависи од њеног уставноправног карактера али и тумачења које доноси уставни суд, односно други орган у чијој је надлежности очување начела легалитета. Узимајући то у обзир,

[1] Закон о црквама и верским заједницама, *Службени гласник РС*, бр. 36/06.

у међународној пракси преовлађују два модела одвојености: *систем строге одвојености* и *модел кооперације*.

Систем строге одвојености почива на идеји да држава не само што треба да буде институционално одвојена од цркве, већ се од ње захтева да буде у потпуности неутрална у погледу верских питања. То се даље конкретизује у једнаком третману свих верских колектива, схватању верских колектива као строго приватноправних субјеката и одбијању државе да подстиче и помаже верску делатност.

Са друге стране, *модел кооперације*, иако такође почива на идеји да држава и црква треба да буду одвојене, признаје и постојање одређених области у којима је могуће успоставити сарадњу између државе и верских колектива. То се у пракси манифестује тиме што не постоји државна религија, али је верска настава заступљена у државним школама, држава материјално помаже верске колективе и може на њих пренети одређена јавна овлашћења.[2]

Поред тога што не постоји сагласност око тога шта начело световности представља,[3] већ се оно различито схвата у разним државама, не постоји ни сагласност око тога да ли држава треба да буде световна. Због тога постоје примери држава које су чланице Савета Европе и Уједињених нација и које су се обавезале на поштовање права зајемчених Европском конвенцијом и другим међународним уговорима – попут Енглеске, Данске и Грчке, у којима је заступљен *систем државне цркве*, а да се то не сматра нечим што је *per se* у нескладу с међународним правом и обавезама држава-чланица које из њега проистичу.[4] Разлог за то се налази у чињеници што световност државе није међународна обавеза, већ се свакој држави оставља слобода да уреди државно-црквене односе у складу са својом правном културом, традицијом и историјом. Међутим, иако државе поседују широко поље слободне процене (*margin of appreciation*) у овој области, њихова слобода није неограничена, будући да државно-црквени односи морају бити такви да нису у супротности с међународно преузетим обавезама у погледу заштите и остварења људских права, а пре свега слободе вероисповести: права сваког лица да изабере и поседује различита уверења (*forum internum* слободе вероисповести) и права да се та, за појединца суштинска уверења, изражавају на

[2] Вид. даље о различитим врстама односа између државе и цркве: Ненад Ђурђевић, *Остваривање слободе вероисповести и правни положај цркава и верских заједница у Републици Србији*, Београд 2009, 144 149; Танасије Маринковић, „При лог за јавну расправу о уставности Закона о црквама и верским заједницама“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011, 377 378.

[3] За детаљнији приказ државно црквених односа у Европској унији вид: *Држава и црква у Европској унији* (ур. Г. Роберс), Београд 2012.

[4] *Darby v. Sweden*, ECmHR, App. No. 11581/85 (1989), 45.

различите начине, уз могућност факултативних ограничења (*forum externum* слободе вероисповести).[5]

Веома је значајно и то што је Европски суд за људска права (даље у тексту: ЕСЉП) у својој судској пракси развио *принцип неутралности*,[6] према којем држава представља „неутралног и непристрасног организатора испољавања верских уверења".[7] ЕСЉП овај принцип изводи из појма плурализма, који види као нешто што је „неодвојиво од демократског друштва".[8] Наиме, да би плурализам могао да постоји у демократском друштву, неопходно је да држава буде неутрална према различитим верским уверењима и да се не меша у њихов међусобни дијалог, осим у оној мери у којој је то неопходно ради опстанка самог плурализма и очувања правног поретка. Ипак, ЕСЉП се може замерити то што никада ни у једној од својих многобројних пресуда није дао исцрпно објашњење и дефиницију тога шта принцип неутралности представља, већ га одређује *in concreto*, тј. у зависности од случаја на који га примењује. Наиме, јасно је да неутралност државе не подразумева обавезу да буде световна, а неутралност, схваћена из угла ЕСЉП, такође није у супротности ни са финансирањем верских организација из буџета,[9] верском наставом у јавним школама[10] и другим облицима интервенције у верској сфери. Са друге стране, сматра се кршењем начела неутралности ако држава намеће конфесионално верско образовање,[11] одбија да призна правни статус верским колективима,[12] стаје на нечију страну у случају унутрашњег сукоба или поделе неке верске организације.[13]

2.2. Начело световности према Уставу из 2006.

За разлику од претходног Устава и устава великог броја световних држава, Устав Србије се далеко исцрпније бави начелом световности

5 Више о слободи мисли, савести и вероисповести вид: Џим Мурдок, *Слобода мисли, савести и вероисповести*, Београд 2008.

6 Carolyn Evans and Christopher A. Thomas, „Church State Relations in the European Court of Human Rights", *Brigham Young University Law Review* 2006.

7 *Refah Partisi (the Welfare party) and Others v. Turkey*, ECmHR, App. Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 (2003), 94.

8 *Kokkinakis v. Greece*, ECtHR, App. No. 14307/88 (1993), 31.

9 *Iglesia Bautista „El Salvador" and Ortega Moratilla v. Spain*, ECmHR, App. No. 17522/90 (1992), 3.

10 *Folgerø and Others v. Norway*, ECtHR, App. No. 15472/02 (2007).

11 *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, ECtHR, App. No. 1448/04 (2007).

12 *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria*, ECtHR, App. No. 40825/98 (2008).

13 *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, ECtHR, App. No. 45701/99 (2001), 117; Serif v. Greece, ECtHR, App. No. 38178/79, 52.

ности. Док је одвојеност државе и цркве у Уставу из 1990. споменута искључиво у светлу одређења положаја цркава и верских заједница (чл. 41, ст. 2), у садашњем Уставу том питању се посвећује далеко више пажње.

Најпре, световност државе у новом Уставу има велики значај, добија своје место међу уставним начелима и садржано је у чл. 11 Устава. Њиме се утврђује да је Република Србија световна држава (ст. 1), да су цркве и верске заједнице одвојене од државе (ст. 2) и уводи се забрана успостављања државне или обавезне религије (ст. 3). Карактер световности се одређује и у чл. 44, ст. 1 и 2, у којем се истиче да су цркве и верске заједнице равноправне и одвојене од државе, те да им се јемчи аутономија. Из наведених одредаба може се закључити да Устав прописује институционалну одвојеност државе и цркве, и тиме обезбеђује њихову међусобну независност, као и забрану идентификације државе с религијом, односно забрану успостављања обавезне религије. Из њих такође следи да држава мора бити верски неутрална, будући да нема равноправности верских колектива уколико су неки од њих привилеговани од стране државе. За какав се, пак, облик неутралности Устав опредељује – за *пасивну* или *позитивну неутралност*, питање је које захтева да се у анализу укључе и друге уставне одредбе.

Да бисмо исправно утврдили одређење државно-црквених односа према Уставу из 2006, значајно је испитати да ли постоји уставноправни основ да се верска делатност сматра за ствар од општег интереса, односно да ли држава поседује дискреционо право да одлучи да ли ће помагати и подстицати верску делатност. Верска делатност у Уставу из 2006. је, занемарујући одредбе о световности, у целости уређена одредбама које се тичу слободе вероисповести, било конкретно (чл. 43–45), било одредбама које на општи начин говоре о људским правима (чл. 18–22). Како се ради о праву које припада корпусу међународних људских права и како су уставне одредбе о слободи вероисповести у највећој мери инспирисане ратификованим међународним инструментима за заштиту људских права и основних слобода, ове уставне одредбе је најпримереније тумачити у складу с одлукама међународних институција које надзиру спровођење људских права, на шта и сам Устав непосредно упућује (чл. 18, ст. 3). У складу с тим, Република Србија има међународноправне обавезе у погледу заштите и остварења слободе вероисповести, и оне од ње захтевају да се уздржи од сузбијања верских слобода својих грађана (*негативна облигација*), односно да обезбеди основне предуслове за мирно уживање слободе вероисповести (*позитивна облигација*). Међутим, сама чињеница да Устав јемчи слободу вероисповести не намеће држави обавезу да помаже верску делатност, осим уколи-

ко Устав о томе изричито не говори.[14] Како Устав не садржи друге одредбе које говоре о верској делатности, може се закључити да она не представља ствар од општег интереса, односно да држава нема право да помаже верску делатност.[15]

Поред тога, Устав не предвиђа могућност делегације јавних овлашћења на верске колективе у сврху подстицања и помагања верске делатности, што је један од саставних елемената кооперативног модела, где се институционална одвојеност државе и цркве посматра на значајно флексибилнији начин. За разлику од тога, Устав садржи одредбу која говори о могућности Републике Србије да, ради ефикаснијег и рационалнијег остваривања права и обавеза грађана и задовољавања њихових потреба од непосредног интереса за живот и рад, законом повери вршење одређених послова аутономној покрајини и јединици локалне самоуправе, а у одређеним случајевима и предузећима, установама, организацијама и појединцима (чл. 137). Теоријски гледано, овај члан не искључује могућност да одређеном верском колективу или верском службенику буду поверена јавна овлашћења, али је то могуће само уколико је делегација учињена са намером испуњења њеног уставног циља. Како је раније показано да Устав не садржи право које за свој корелат има обавезу државе да помаже верску делатност, може се закључити да делегација јавних овлашћења на верске колективе или њихове службенике није у складу са Уставом, уколико је учињена у сврху вршења, подстицања и помагања верске делатности. Из тога видимо да је институционална одвојеност државе и цркве у Уставу веома строго дефинисана, те да Устав не познаје изузетке од општег правила.

Сходно претходно реченом, чини се јасним да се Устав од 2006. опредељује за модел строге одвојености, односно пасивну неутралност. То на практичном плану значи да држава: (1) не сме да се идентификује с неким верским колективом или религијом уопште; (2) не сме да крши институционалну одвојеност; (3) не сме да успоставља државну или обавезну религију; (4) не сме материјално или на неки други начин помагати верску делатност; (5) треба да

[14] Супротно тумачење било би неспојиво са доктрином поља слобод не процене, о којој је било речи раније, а која дозвољава државама да формирају најразличитије односе са верском колективима. То укључује и слободу државе да успостави однос немешања, тј. пасивну неутралност.

[15] Такав закључак се додатно може поткрепити чињеницом да Устав из 2006. више не садржи одредбу о могућности државе да материјално помаже цркве и верске заједнице, а коју су садржали сви устави Србије од 1947. Иако би се могао извући закључак да одсуство изричите забране да држава материјално помаже верске ко лективе оставља могућности таквој пракси, то тумачење се чини неприхватљивим, узимајући у обзир брисање из Устава одредбе која је ту праксу дозвољавала. Вид. о томе: Т. Маринковић, 379 380.

равноправно третира све верске колективе, не фаворизујући ни једну вероисповест наспрам друге.

Након излагања о карактеру начела световности, остаје да се види да ли је, и колико, оно заиста испоштовано. Стога ће остатак рада бити посвећен разматрању оних питања која су од великог значаја за државно-црквене односе, и њиховом довођењу у непосредни однос са световношћу државе.

3. ФИНАНСИРАЊЕ ЦРКАВА И ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА ИЗ ЈАВНИХ ПРИХОДА

ЗЦВЗ обилује одредбама које успостављају могућност или чак обавезу државе да материјално помаже цркве и верске заједнице. У одређеном броју случајева, као правни основ за материјално помагање се помиње „унапређивање верске слободе“ или „унапређивање сарадње са црквама и верским заједницама“, или се, пак, на основу самих одредаба може закључити да су усмерене на помагање верске делатности: чл. 28, ст. 2 прописује на општи начин да држава може, *ради унапређивања верске слободе и сарадње с црквама и верским заједницама*, пружати материјалну помоћ верским колективима; чл. 29 јемчи социјална права свештеника, односно верских службеника, и оставља могућност да се средства за њихово здравствено, пензијско и инвалидско осигурање обезбеде у буџету Републике Србије, такође *ради унапређивања верске слободе* (ст. 1–2); чл. 32, ст. 6 даје могућност надлежном државном органу или органу локалне самоуправе да у буџету обезбеде средства за изградњу, одржавање и обнову верских објеката; чл. 36 прописује да верске образовне установе које добију верификацију, односно акредитацију, имају право на финансирање из буџета, сразмерно броју верника (ст. 2), а оставља се могућност да држава пружа помоћ и неакредитованим верским образовним институцијама, *ради унапређивања верске слободе и просвете* (ст. 3).

Претходно је већ образлагано да Устав Републике Србије забрањује финансирање цркава и верских заједница ради вршења верске делатности, будући да он одређује државу као верски неутралну, односно државу која не треба да подстиче и помаже верску делатност. Уколико прихватимо то тумачење, нужно долазимо до закључка да су горе наведене одредбе неуставне, јер пружају материјалну помоћ верским колективима ради вршења верске делатности, односно „унапређивања верске слободе“, и успостављају модел кооперативне одвојености. Иако Устав забрањује да држава пружа материјалну помоћ црквама и верским заједницама ради вршења верске делат-

ности, то не значи да је сваки вид материјалне помоћи забрањен, већ само онај којим се крши пасивна неутралност државе. Због тога не би требало сматрати неуставним одредбе ЗЦВЗ којим се установљава посебна заштита и финансијска подршка за верска здања и установе од изузетног историјског, националног и културног значаја (чл. 41, ст. 2) или омогућава финансијска подршка за стручне и научне установе које имају за циљ заштиту сакралног наслеђа, а чији су оснивачи цркве и верске заједнице (чл. 42), јер Република Србија тиме испуњава своју уставну обавезу да се стара о заштити културних добара (чл. 97, тач. 10 Устава).[16] Уставна забрана у погледу пружања материјалне помоћи има за циљ искључиво очување верске неутралности државе, и не забрањује држави да пружа материјалну помоћ верским колективима у складу са Законом о удружењима.[17]

4. БОГОСЛУЖЕЊЕ И ВРШЕЊЕ ВЕРСКИХ ОБРЕДА У ДРЖАВНИМ ОРГАНИМА И ИНСТИТУЦИЈАМА

Богослужење и вршење верских обреда у државним институцијама се темељи на чл. 31 (ст. 4–6) ЗЦВЗ. ЗЦВЗ прави разлику међу институцијама за које су чланови и сви који бораве у њима ближе везани, било због вршења професионалне делатности, било због болничког лечења или издржавања затворске казне, и институција које су задужене за пружање одређених услуга (школство, услуге социјалне заштите), а у којима се, сходно речима законске одредбе, верски обреди могу обављати „само у пригодним приликама“. На основу ових одредаба је у претходним годинама у многим државним институцијама успостављена пракса обављања верских обреда, да би потом прерасла у прослављање верских празника као званичних празника одређене институције. Поред тога, слична пракса је постала заступљена и у неким државним органима, те јединицама локалне самоуправе.

Претходна анализа Устава Републике Србије показала је да се уставотворац определио за строгу одвојеност државе и цркве,

[16] Према Закону о културним добрима (*Службени гласник РС*, бр. 71/94), културна добра су ствари и творевине материјалне и духовне културе од општег интереса (чл. 2, ст. 1). То значи да се државна заштита појединим црквама, манасти рима и верским споменицима не пружа због њиховог верског карактера, који није споран, већ због њиховог националног, културног и историјског значаја.

[17] Чл. 38 Закона о удружењима (*Службени гласник РС*, бр. 51/09) прописује да се средства или недостајући део средстава за финансирање програма од „јавног интереса које реализују удружења могу обезбедити у буџету Републике Србије. Сагласно томе, држава би, примера ради, могла да финансира програм неког вер ског колектива који је од образовног или културног значаја, или који има за циљ промовисање полне равноправности.

и да она између осталог подразумева да је у супротности с начелом световности уколико постоји идентификација државних органа, институција и органа јединице локалне самоуправе с одређеном религијом, зато што таква пракса доводи до привилеговања дотичне религије и, последично, представља кршења Уставом зајемчене равноправности верских колектива и дискриминацију грађана по основу верске припадности. Узимајући то у обзир, може се закључити да је неуставно да сам државни орган, институција или јединица локалне самоуправе обележава одређене верске празнике као званичне празнике. Слављењем и обележавањем верских празника као званичних празника, уз пратњу богослужења или одговарајућих верских обреда и проповед, долази до идентификације државног органа, институције или јединице локалне самоуправе с одређеном религијом, што је у супротности с начелом световности зајемченим чл. 11 Устава. Премда се на овакве тврдње може одговорити да нико од чланова, корисника услуга или грађана настањених на територији јединице локалне самоуправе није дужан да учествује у обележавању верског празника, сама чињеница да државни орган, институција или органи јединице локалне самоуправе славе и обележавају верске празнике, сведочи о томе да нису неутрални у погледу верских питања и да фаворизују одређену религију као прихватљивију или бољу, односно као ону којој би грађани требало да припадају. Наиме, не може се сметнути с ума да се ради о институцијама које, због свог државног карактера, поседују ауторитет, углед и према којима постоји – да употребимо Остинове речи – „навика покорности“, те се њихово поступање које укључује слављење верских празника показује као прикривено наметање верских уверења, и за своју нужну последицу има кршење забране идентификације државе с религијом и Уставом зајемчене равноправности верских колектива, као и дискриминацију грађана по основу верске припадности.

Од случаја када државни орган, институција или органи јединице локалне самоуправе прослављају одређени верски празник као званични празник, треба разликовати ситуацију када неко од поменутих тела дозволи вршење богослужења или верских обреда својим члановима или корисницима услуга, без да оно само прославља верски празник. Такво допуштење је посебно оправдано и не представља кршење начела световности у ситуацији када се богослужење или верски обред врши у болницама, заводима за извршење кривичних санкција, војним и полицијским објектима, за које је већ речено да представљају институције за које су чланови, односно корисници услуга ближе везани. Ипак, у погледу сваког таквог допуштења је неопходно водити рачуна о томе да сама институција материјално

не учествује и не помаже у организовању и вршењу богослужења и верских обреда, будући да садашњи Устав забрањује такву праксу.[18]

5. УЛОГА ЦРКАВА И ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА У СИСТЕМУ ЈАВНОГ ОБРАЗОВАЊА

5.1. Верска настава у државним основним и средњим школама

Пре него што се упустимо у дубље разматрање овог питања, неопходно је рећи да не постоји несагласје између извођења конфесионалне верске наставе у државним школама и међународних инструмената за заштиту људских права. Обавеза државе је да деци не намеће филозофски и религиозни поглед на свет који је у нескладу са личним уверењима родитеља или законитих старатеља. То значи, према речима ЕСЉП, да се информације које се налазе у курикулуму морају преносити на „објективан, критички и плуралистички начин“. Међутим, у случају да се држава одлучи да на себе преузме дужност конфесионалног верског образовања деце, неопходно је да омогући постојање алтернативног предмета или могућност да они који не желе буду ослобођени обавезе да похађају те часове.[19] Будући да је Уредбом и каснијим изменама законодавства које уређује систем јавног образовања прописано постојање алтернативног предмета – Грађанског васпитања, Република Србија је испунила своју међународну обавезу. Ипак, сагласност просветног законодавства с међународним правом не значи нужно и сагласност са уставним начелом световности. То је поготово видљиво детаљнијом анализом одговарајућих закона, којим се успоставља модел кооперативне одвојености.

Пружање материјалне помоћи ради вршења верске делатности: да би се закључило да државно финансирање верске наставе krши начело световности, неопходно је показати да је верска настава у Србији конфесионалног (а не информативног и неутралног) карактера, тј. да има за циљ привођење некој вери. У прилог томе иде чињеница да се родитељи, односно ученици приликом избора да похађају верску наставу одлучују на изучавања само једне вероисповести, што у великој мери наликује конфесионалном верском образовању. Поред тога, знатно упечатљивији су правилници о наставном плану и програму предмета верска настава. Тако, у једном

18 Због тога може бити споран чл. 31, ст. 5 ЗЦВЗ, који успоставља обавезу државних органа и институција да, у складу са својим могућностима, обезбеде вршење богослужења или верских обреда.

19 Вид: Ц. Мурдок, 87 90.

од њих[20] се као неки од циљева верске наставе постављају развијање отворености и односа према Богу, или изграђивање свести и уверења да свет и живот имају вечни смисао.[21] Из наведеног јасно следи да је циљ верске наставе преношење верских уверења, те се на тај начин држава ставља у улогу помоћника при пропагирању учења традиционалних цркава и верских заједница и тиме крши уставну забрану пружања материјалне помоћи ради вршења верске делатности.

Равноправност верских колектива: ЗЦВЗ у чл. 40 јемчи право на верску наставу, како у државним тако и у приватним школама. Међутим, анализом одредаба закона којим се подробније уређују основно и средње образовање постаје јасно да се ради о субјективном праву које поседују искључиво традиционалне цркве и верске заједнице.[22] Неки од аргумената који се користе у одбрану оваквог нормативног решења се усредсређују на тврдњу да једнакост није апсолутна, да се верска настава објективно не може финансирати за јако мали број ученика, те да се не ради о дискриминацији већ о разумним, практичним ограничењима, која намећу различито третирање верских колектива.[23] Ипак, иако су те тврдње тачне, оне нису довољне да оправдају одступање од *општости* правних норми – својства правних норми према којем се оне односе на неодређен број правних субјеката у истим или сличним ситуацијама. Наиме, тренутно законодавство које регулише верску наставу, уместо да садржи прописане неопходне услове које би неки верски колектив требало да испуњава да би имао право на финансирање верске наставе из буџета, одређује традиционалне цркве и верске заједнице као титуларе овог права, лишавајући све друге верске колективе саме могућности да икада уживају дотично субјективно право. Без обзира на питање да ли би други верски колективи могли да испуне (хипотетичке) законске услове за његово стицање, од кључне је важности да се зајемчена права регулишу (универзално или делимично) општим правним нормама, будући да без тога не може бити остварена општа уставна забрана дискриминације (чл. 21). Због тога можемо да закључимо да је право на финансирање верске наставе из буџета заправо привилегија која је установљена непосредно *ex lege* за седам верских колектива. Из тога је, даље, јасно да се сви други вер-

[20] Правилник о наставном плану и програму предмета верска настава за средње школе, *Просветни гласник*, бр. 6/03, 23/04 и 9/05.

[21] Слични циљеви и задаци помињу се у наставку правилника, у којем се одређено место посвећује верској настави сваке од седам традиционалних цркава и верских заједница.

[22] Вид. у наставку разматрање питања институционалне одвојености државе и цркве у светлу постојања верске наставе.

[23] Сима Аврамовић, „Право на верску наставу у нашем и упоредном европ ском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2005, 54 55.

ски колективи стављају у значајно неповољнији положај, односно да се ради о неоправданом разликовању, те видимо да није испуњено уставно јемство равноправности цркава и верских заједница.

Институционална одвојеност државе и цркве: Закон о основном образовању и васпитању,[24] чл. 33, ст. 1 прописује да програм за предмет верска настава доноси министар просвете, на усаглашен предлог традиционалних цркава и верских заједница и по прибављеном мишљењу органа надлежног за односе с црквама и верским заједницама. Организовање верске наставе се налази под надзором Комисије за верску наставу у школи (ст. 2), коју већински чине представници традиционалних цркава и верских заједница.[25] Поред тога, споменути верски колективи имају пресудан утицај приликом избора вероучитеља: избор вероучитеља обавља се тако што свака традиционална црква или верска заједница саставља предлог листе вероучитеља, коју министар просвете затим одобрава (ст. 3), што значи да је министар ограничен претходним избором који начини нека традиционална црква или верска заједница.[26]

Узимајући у обзир да се учествовањем традиционалних цркава и верских заједница у организацији верске наставе успоставља институционална повезаност државе и цркве, те да се поверавају јавна овлашћења, неопходно је утврдити да ли је делегација јавних овлашћења извршена тако да су задовољени сви Уставом прописани услови. Подсетимо се, чл. 137 Устава налаже да се делегација јавних овлашћења може вршити уколико је „у интересу ефикаснијег и рационалнијег остваривања права и обавеза грађана и њихових потреба од непосредног интереса за живот и рад". Устав такође прописује да се поверавање јавних овлашћења налази у надлежности Народне скупштине, тиме што се оно мора извршити путем закона. Како је верска настава у државним школама регулисана законом а не другим општим актима, видимо да је делегација уставна у формалном смислу.

Када се ради о уставности делегације јавних овлашћења у материјалном смислу, будући да Устав не садржи право које успоставља обавезу државе да обезбеди конфесионално верско образовање, не може постојати делегација јавних овлашћења која је „у интересу ефикаснијег и рационалнијег остваривања" тог права. Конфесионална верска настава се не може подвести под право на образовање из

[24] Закон о основном образовању и васпитању, *Службени гласник РС*, бр. 55/13.

[25] Комисију за верску наставу у школи чине по један представник традицио налних цркава и верских заједница, три представника органа задуженог за односе са црквама и три представника министарства (ст. 4).

[26] Готово истоветне одредбе садржи и Закон о средњем образовању и васпитању чл. 7 8, *Службени гласник РС*, бр. 55/13.

чл. 71 Устава, јер оно, поред права државе да уређује курикулум, носи собом и обавезу да информације које се налазе у курикулуму преноси на „објективан, критички и плуралистички начин“. Настава која има за циљ да ученике упућује у одређену религију свакако не задовољава такве услове. Поред тога, постоји тумачење да се обавеза државе да пружа конфесионално верско образовање може пронаћи у чл. 43, ст. 5 Устава, који јемчи право родитеља и законских старатеља да деци пруже „верско и морално образовање у складу са њиховим уверењима“.[27] Међутим, оно нам се чини неприхватљивим из више разлога. Наиме, како ово право такође припада корпусу међународних људских права,[28] неприхватљиво је његово тумачење према којем су све државе које су ратификовале неке од најзначајнијих међународних инструмената за заштиту људских права и слобода у обавези да пружају конфесионално верско образовање. Такво тумачење чини излишним доктрину поља слободне процене, која се, како је раније образлагано, примењује на државно-црквене односе због непостојања консензуса. Најзад, да то тумачење није исправно следи и из судске праксе ЕСЉП, који то право никада није тумачио као право на конфесионално верско образовање у државним школама, већ као право које за државу успоставља *негативну облигацију*: обавезу да се уздржи од покушаја индоктринације деце.[29] Због тога можемо да закључимо да је делегација јавних овлашћења извршена у сврху коју Устав не допушта, те да је она неуставна у материјалном смислу.

5.2. Православни богословски факултет у склопу Универзитета у Београду

Положај, организација и делатност Православног богословског факултета (даље у тексту: ПБФ) је уређена, најпре оквирно, Статутом Универзитета у Београду (даље у тексту: Статут БУ),[30] а затим

[27] С. Аврамовић, 57.

[28] Чл. 2 Протокола 1 на Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода (тзв. П1 2), *Службени лист СЦГ*, бр. 9/03, 5/05, 7/05; чл. 18, ст. 4 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/71.

[29] О свом схватању П1 2 је ЕСЉП веома јасно говорио у *Folgerø and Others v. Norway* (ECtHR, App. No. 15472/02 (2007)): *„*The second sentence of Article 2 of Protocol No. 1 implies on the other hand that the State, in fulfilling the functions assumed by it in regard to education and teaching, must take care that information or knowledge included in the curriculum is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner. The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents' religious and philosophical convictions. That is the limit that must not be exceeded*“*.

[30] Статут Универзитета у Београду, *Гласник Универзитета у Београду*, бр. 162.

Статутом самог ПБФ.[31] Статут БУ у чл. 11, ст. 1 одређује факултете у оквиру Универзитета у Београду. Факултети су разврстани према научној области којом се баве и коју проучавају, и у оквиру „групације друштвено-хуманистичких наука" (тач. 1) се налази и ПБФ.

Најпре, треба приметити да је ова установа, према Статуту ПБФ, „под духовним и канонским окриљем Српске православне цркве" (чл. 2, ст. 8). Ова одредба се даље конкретизује у самом тексту Статута ПБФ и може се посматрати као *lex generalis*. Чл. 3 Статута ПБФ, под рубрумом „Задаци Факултета", истиче да је ПБФ „научна и највиша образовна установа у области православне теологије на БУ и у Српској православној цркви" (ст. 1), као и да се „брине за научно теолошко образовање свештенства, вероучитеља и посленика у другим црквеним службама" (ст. 5, тач. 2). Надаље, ст. 2 истог члана каже да се учење ПБФ заснива на „Светом писму и Светом Предању Православне цркве", ст. 4, тач. 4 међу задатке Факултета ставља оплемењивање света хришћанским учењем, а ст. 5, тач. 1 истиче да ПБФ „чува, преноси и развија хришћанске вредности и културу, сведочећи њихову снагу и лепоту, и залажући се за хришћанске идеале љубави, вере и наде". Наведене одредбе јасно говоре о томе да је ПБФ верска институција *par excellence*. Верски карактер ПБФ потврђује и чл. 8, ст. 7 Статута БУ који каже: „*Осим у контексту делатности Православног богословског факултета* и обележавања празника, у складу са законом, на Универзитету и високошколским јединицама у његовом саставу *није дозвољено верско организовање и деловање*" (курзив П. М.). Ова одредба недвосмислено говори да је верско деловање и организовање саставни део унутрашње организације ПБФ, тиме што га изузима од важења опште норме која такву праксу забрањује.

За разматрање посебног статуса који ужива ПБФ неопходно је узети у обзир и одредбе о условима за упис на основне, односно мастер студије, те одредбе о избору чланова наставног особља. Наиме, сагласно чл. 2, ст. 8 Статута ПБФ који ову високошколску установу смешта под „духовно и канонско окриље Српске православне цркве", чл. 58, ст. 1 наводи да кандидати који желе да упишу овај факултет морају имати, поред испуњених осталих услова, „сагласност надлежног епископа". Исти услов се наводи и за студенте који су завршили основне студије на неком другом факултету (чл. 61, ст. 3). Када се ради о избору наставног особља, Статут ПБФ налаже да лице које жели да буде изабрано у звање наставника, предавача, сарадника и истраживача мора имати „сагласност (благослов) надлежног епископа" (чл. 86). Додатно, приликом избора наставника а након одлуке Изборног већа, неопходно је прибавити одобрење Светог

[31] Статут Богословског факултета СПЦ, *http://www.svetosavlje.org/biblioteka/zakoni/statut pbf 2006.htm*, 27. јануар 2015.

архијерејског синода Српске православне цркве „за службу учења“ (чл. 90, ст. 6).

Узимајући у обзир да је оснивач БУ Република Србија, односно да се ради о државном универзитету (Статут БУ чл. 2, ст. 4), постојање ПБФ у оквиру њега доводи до вишеструког кршења уставног начела световности. Наиме, Устав строго дефинише институционалну одвојеност државе и цркве, која је овде доведена под знак питања јер се ПБФ налази „под духовним и канонским окриљем Српске православне цркве“. Институционална повезаност је поготово спорна у светлу чињенице да тренутно уређење ПБФ крши Уставом зајемчена људска права, о чему ће бити речи у наставку. Поред тога, чињеница да држава финансира верско образовање свештеника једне цркве представља повреду уставне забране пружања материјалне помоћи ради вршења верске делатности, док се на исти начин крши Уставом зајемчена равноправност цркава и верских заједница, јер ниједан други верски колектив нема ту могућност. ПБФ је једини факултет у оквиру БУ који се превасходно бави проучавањем и пружањем знања о одређеној цркви, њеном учењу, канонским правилима и историји, те на којем је дозвољено верско организовање и деловање.

Надаље, када се ради о додатном услову за упис, односно избор у звање, држава признаје као важеће на БУ аутономне прописе Српске православне цркве, будући да је неопходна сагласност надлежног епископа,[32] тј. епископа епархије којој лице које жели да упише основне, односно мастер академске студије, или ступи у радни однос, припада. То је у супротности са уставном одредбом која јемчи аутономију црквама и верским заједница, а која аутономију дефинише као право на самосталну *унутрашњу организацију* и друга права која су од значаја за функционисање верских колектива (чл. 44, ст. 2). *Ratio legis* ове уставне одредбе јесте да се верским колективима обезбеди независност од државних власти, тиме што цркве и верске заједнице имају право да своја унутрашња питања регулишу аутономним прописима. Међутим, чињеница да држава признаје правну валидност аутономним прописима верских колектива, не значи да је њихова правна валидност изједначена с важењем позитивноправних прописа које доноси сама држава. Наиме, она је у великој мери ограничена претпоставком да се односе на унутрашња питања верских колектива. Како питање уписа и заснивања радног односа на државном универзитету не може да се подведе под унутрашње питање цркава и верских заједница, видимо да држава крши уставну одредбу којом се јемчи аутономија верским колективима, јер признаје правну валидност њиховим аутономним прописима ван Уставом постављених граница.

32 Лица која се сматрају епископима као и „надлежни епископ“ се одређују аутономним прописима Српске православне цркве.

Када се ради о поменутом кршењу људских права, треба запазити да не постоји прописан поступак за добијање благослова, што значи да се добијање благослова не третира као и сви други услови који су неопходни за упис на неку високошколску установу и о којима се одлучује на основу објективних критеријума. Тиме се сви они који желе да студирају, односно припадају наставном особљу на овој високошколској јединици, стављају у неповољнији положај у односу на све друге кандидате на другим факултетима БУ, јер се оваквим решењем даје неограничена слобода једном верском службенику да одлучује о њиховим, Уставом зајемченим правима, и тиме крши уставна одредба о забрани свих видова дискриминације (чл. 21, ст. 3), која се конкретизује како у члану 71 којим се јемчи право на образовање, тако и у чл. 60 којим се јемчи право на рад. Могућност појединаца да под једнаким условима стекну високо образовање, односно уставно јемство доступности свих радних места свима под једнаким условима, могуће је остварити само у случају када су прописани јасни, разумни и објективни услови који су у непосредној вези са статусом који се стиче,[33] а не услови које ће неко арбитрарно бирати и вредновати приликом одлучивања о давању благослова. У ситуацији када уживање оба права, и поред одређених услова који се могу сматрати разумним и објективним, у крајњој линији зависи од арбитрарне, субјективне одлуке неког црквеног великодостојника или црквеног тела која немају обавезу да образложе своју одлуку и наведу објективне критеријуме који су утицали на њено доношење, показује се да су оба, Уставом зајемчена права, посредно угрожена оваквим нормативним решењима.

6. ЗАКЉУЧАК

Као што се може видети из претходне анализе, Устав из 2006. заступа модел строге одвојености. Устав утврђује одвојеност државе и цркве, јемчи равноправност верских колектива и њихову аутономију. Поред тога, уставотворац верску делатност смешта у сферу приватних интереса грађана и посредно забрањује делегацију јавних овлашћења која је усмерена на вршење, подстицање и помагање верске делатности.

Упркос томе што Устав не подржава кооперативну одвојеност, постојеће законодавство и други општи акти успостављају разноврсне односе између државе и верских колектива: они дају могућност држави да материјално помаже верску делатност цркава и верских заједница, државни органи, институције и јединице локалне самоу-

[33] М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, Бео град 2010, 256.

праве прослављају верске празнике као званичне празнике, конфесионална верска настава је заступљена у државним школама, традиционалне цркве и верске заједнице и њихови службеници су имаоници јавних овлашћења супротно уставном циљу у сврху којег се она допушта, док државни универзитет у себе укључује верску образовну институцију. Постојећа законска решења, што је такође показано, непосредно угрожавају више људских права зајемчених Уставом Републике Србије.

Завршавајући овај рад, неизбежно се као закључак намеће присуство очигледне несагласности између тренутно важећег Устава и законодавства које уређује државно-црквене односе. Имајући то на уму, једино што се чини прихватљивим јесте захтев за усклађивањем закона и других општих аката са Уставом, или, пак, хитна промена Устава како би се што пре превазишао јаз између Устава и правних аката ниже правне снаге, и тиме допринело поштовању начела уставности у Републици Србији.

Petar Mitrović

Graduate Student
University of Belgrade Faculty of Law

THE PRINCIPLE OF SECULARITY IN THE REPUBLIC OF SERBIA ACCORDING TO THE CONSTITUTION OF 2006.

Summary

The main goal of this paper is to offer an analysis of the principle of secularity according to the Constitution of 2006, and, within it, the author proposes arguments in favor of the thesis that current Constitution accepts the model of strict separation of state and church. The paper also focuses on the questions of the great importance for state-church relations: funding of churches and religious communities from the budget, religious rituals in public bodies and institutions, the role of traditional churches and religious communities in public education system, and gives the opinion on their constitutionality in constitutional system of the Republic of Serbia.

Key words: *The principle of secularity. – Freedom of religion. – Funding from the budget. – Religious rituals. – Faculty of Orthodox Theology. – Religious education.*

ПРИКАЗИ

Др Борис Беговић[*]

Adam Tooze, *The Deluge: The Great War and the Remaking of Global Order, 1916 1931*, Allan Lane, London, 2014, 644.

Стогодишњице су, очигледно, добра прилика за успешне издавачке подухвате. Тек је утихнула издавачка олуја коју је изазвала стогодишњица почетка Великог рата, а већ се чују први громови олује која тек долази, изазване стогодишњицом краја тог рата.

Један од првих весника те издавачке олује свакако је Адам Туз, који је веома рано истакао своју кандидатуру за њену звезду, макар за онај статус који је Кристофер Кларк стекао у прошлој издавачкој олуји. Већ у самом наслову књиге аутор се опредељује чиме ће се бавити: не само крајем Великог рата, него и успостављањем новог глобалног поретка који је уследио након тога. Лојд Џорџ је, још децембра 1915. године, Велики рат упоредио с потопом који ће довести до „сеизмичких поремећаја“, док је немачки канцелар Бетман Холвег само пар месеци касније упозорио да нема повратка на *status quo*. Дакле, није баш било изненађење то што је свет после масовног крвопролића постао потпуно другачији. Какав?

Пропаст три царства је уобичајен одговор. За Туза, које се томе не супротставља, најзначајнија новина је, међутим, успон САД (у даљем тексту Америке) у светским размерама и америчко преузимање улоге водеће светске силе. Заиста, мир који је успостављен 1919. године (претходну је означило само примирје) по свему је био *Pax Americana*. Америка је у потпуности променила свој међународни положај и постала глобална, готово суперсила. Како јој је то успело?

Књига успон Америке у том погледу прати од 1916. године, будући да су управо те године одобрени кредити Великој Британији и Француској који су омогућили даље вођење рата, куповином материјала у Америци (основна одредба тих уговора била је да се добијен новац може користити искључиво за куповину америч-

[*] Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

ке робе). Без америчког новца, односно, војном терминологијом, материјала, не би било офанзиве на Соми, нити би био одбрањен Верден, закључује аутор. Управо је економска, а пре свега финансијска снага Америке била језичак на ваги који је довео до победе Антанте. Патриотама с друге стране Атлантика годило је то што је колапс немачке војске коинцидирао с јачањем америчког контингента у Европи, али основни амерички ратни допринос није био војни него економски. А иза тог доприноса остали су дугови (европски) и потраживања (америчка).

Главна личност новог светског поретка био је Вудро Вилсон – витез на белом коњу, бар како су га многи видели. Не и Туз. У књизи је веома јасно анализирају циљеви, концепција и учинак тог витеза, који почињу жељом да Америка постане водећа земља света (делом и због потребе учвршћења националног идентитета), концепцијом „рата без победника", како би се, не само створила равнотежа између зараћених страна, него како би се велике империјалне силе, Велика Британија и Француска, далеко искусније у управљању светом, потиснуле с глобалног пиједестала. На то долази и чувених „14 тачака", које је, књига јасно показује, свако тумачио онако како му одговара, као и Вилсонова опседнутост стварањем глобалног механизма националне безбедности заснованог на Лиги народа, његовом институционалном мезимчету. Концепција „рата без победника" имала је великог одјека у Немачкој, али су сваку могућност за њену примену елиминисали милитаристички кругови на челу са Хинденбургом (онај лењи) и Лудендорфом (онај агилни) уз пригодну паролу „Победа или смрт"! Ипак, завршни ударац овој концепцији, сматра аутор, задао је амерички захтев за променом режима у Немачкој, што се свело на то да Кајзер мора да абдицира. Тада је постало јасно да у Великом рату ипак мора да буде победника, што значи и поражених.

Управо у природи Вилсонове мисије, наводи се у књизи, треба тражити основне узроке карактера новог поретка. Неспутан било чиме, уз ниподаштавање америчке законодавне власти, на крилима моралне супериорности, економске моћи и износа америчких потраживања, нема сумње да му је пут био широко отворен, независно од тога што је можда био поплочан добрим намерама. Проблем Версајске конференције био је управо у томе. Опозиције готово да није ни било, показује се у књизи, будући да су некадашњи светски моћници, попут Британије и Француске, били преокупирани сопственим проблемима, пре свега заинтересовани за очување сопствених колонијалних царстава. Француска је уз то била усредсређена и на елиминацију немачке претње, ако не заувек, оно бар за дужи период. Уз поједине мање земље, попут Белгије и Србије, Французи су на својој територији немачке окупаторе имали низ година, а последњи

ударац било је немачко намерно уништавање француске индустријске (пре свега рударске) инфраструктуре. За обнову свега тога тражене су репарације. А Вилсон је мислио само о новом поретку света кога Америка води у бољу будућност и очигледно није имао поверења у друге људе, будући да је, како се детаљно описује у књизи, сам проводио сате и сате на самој конференцији, лично председавајући састанцима посвећеним статуту Лиге народа, на пример. Није ни први ни последњи који је тако схватао одговорност.

Једино што је Вилсон занемарио, књига јасно показује, јесте да је Америка демократија, да у њој постоји законодавна власт и да изабрани представници народа, конгресмени и сенатори, не морају да се слажу с оним што мисли и ради председник. Још од самог почетка, републиканци су показивали снажно противљење Вилсоновим идејама, а најуверљивији су били наступи бившег председника Рузвелта (Теодора), усмерени на тезу да Америка вођење светских послове треба да препусти искуснима (Великој Британији и Француској), а да на све то утиче иза сцене. Ни класични изолационисти, они коју су сматрали да Америка треба да гледа искључиво своја посла, нису били слаби. И тако, када се Вилсон тријумфално вратио из Париза, пошто је потписао мировни споразум укључујући и статут Лиге народа, амерички парламент једноставно га није ратификовао. Америка, стога, није постала ни члан Лиге народа, институције коју је осмислио њен председник. Није то био само Вилсонов фијаско, мада ће се он увек везивати само за њега и његову кратковидост.[1]

Тако је и настао нови нестабилни глобални поредак – „Хамлет“ без принца. Поредак који је осмислила Америка, прецизније речено њена администрација, и себи у њему дала водећу улогу, па се онда из њега повукла. Лига народа, без обзира на то што је забележила неке успехе, попут посредовања између Италије и Грчке у погледу Крфа, већ је до самог старта била осуђена на неуспех. Аутор се на неколико места враћа управо на ову тезу и показује шта је све рађено како би се попунила наведена празнина, она коју су сви осећали и која је стварала велике ризике по националну безбедност, како победница, тако и поражених.

Књига придаје велику важност Вашингтонској конференцији о ограничавању морнаричког наоружања, закљученој одговарајућим споразумом 1922. године. Ипак, прецењује се глобални значај те конференције и њених резултата, можда и због тога што аутор занемарује да је основни разлог за њено сазивање било фискално

[1] Маргарет Макмилан сматра да је Туз Вилсона и његов државнички опус описао исувише тамним тоновима, тамнијим него што заслужује. Вид. Margaretn MacMillan, A Bit of Chaos: A Review of The Deluge by Adam Tooze, *London Review of Books*, Vol. 37(2), 2015, 37 39.

оптерећење које трка у морнаричком наоружању намеће (морнарица је скупа играчка, ту лекцију је знатно касније научио Совјетски Савез). Осим ограничавања тонаже бојних бродова (нуклеарних бојевих глава тог времена), којим је Француска сведена на другоразредну силу, мало шта је тада у Вашингтону постигнуто на плану глобалне безбедности, поготово у Европи.

Споразум из Локарна (1925. године) представља помак у односу на Версајски споразум, будући да су њим заједнички утврђене немачке западне границе, а имплицитно је немачки империјализам упућен на исток. Четрнаест година касније то му је била и прва, мада не и последња станица. Није баш велико изненађење, имајући на уму да је Версајским споразумом очувана сувереност Немачке. Та грешка није поновљена 1945. године.

Коначно, један од кључних проблема међународних односа тог времена, на који се указује у књизи, била је велика и новонастала финансијска међузависност привреда, односно земаља. Немачке репарације биле су потребне, пре свега, Француској, како би уредно сервисирала своје обавезе Америчким повериоцима, Британија је такође своје дугове Америци плаћала из прилива које је имала као поверилац, док је Немачка велики део репарација плаћала из нових кредита које је средином деценије почела до добија од америчких поверилаца. Иако аутор указује на овакав развој ствари, остаје неизвесно шта би донео алтернативни Кејнзов предлог о међусобном опраштању свих обавеза (како потраживања од кредита, тако и од репарација) и новом међународном кредиту од једне милијарде тадашњих долара. Није ни чудо што су у Немачкој, која би овим директно била на добитку, увек имали јако много разумевања за Кејнза, док у Америци то није био случај. Предлог је глатко одбијен.

Аутор сматра да Америка своју огромну моћ која је стекла тиме што су водеће земље света тог времена биле њени нето дужници није искористила на прави начин. О лутању на том плану сведоче, у књизи детаљно приказани, различити амерички планови за решавање међусобних дуговања и потраживања, што се завршило Хуверовим мораторијумом из 1931. године. Све је то било неуспешно. Ипак, стиче се утисак да аутор у овим релацијама сагледава извор Велике (економске) депресије тог времена. Стидљиво се указује на протекционизам који ту кризу, додуше, није изазвао, али ју је трагично продубио, али се, за дивно чудо, америчкој дефлацији из 1920. године придаје више значаја и простора него Великој депресији.

Занимљива су поглавља књиге посвећена појединачним земљама и њиховим судбинама. Вероватно да се најбољи од тих делова књиге односи на Русију, њену трансформацију и судбину. Показало се неколико ствари: бескрупулозност бољшевика, њихов почетни диле-

тантизам и шокантна кратковидост. Прво су, поткопавањем прелазне владе, интереси земље жртвовани ради освајања власти, а на брест-литовским преговорима бољшевици су дилетантски очекивали да ће у Немачкој током преговора доћи до свеопштег радничког устанка, револуције и, вероватно, братимљења војске две стране. Уместо тога, добили су оно што нису тражили – немачке милитаристе, чија је бескрупулозност била равна, ако не и већа од бољшевичке. Због тога су и западне границе Русије у лето 1918. године биле у рушевинама. Аутор јасно показује да је интервенција у совјетској Русији 1918. године била условљена, не толико настанком комунизма (мало је људи тог времена, попут Винстона Черчила, било свесно далекосежности тог догађаја), већ страхом Антанте од немачког напредовања дубоко у врло слабо контролисану територију Русије. Коначно, аутор уверљиво и детаљно показује степен Лењинове бескрупулозности и деструктивности. Зарад сопствене политичке добити жртвовао је националне интересе. Заиста, Лудендофово пребацивање Лењина из Швајцарске у Русију једна од најбољих политичких инвестиција у историји.

Веома је значајна, у књизи недовољно истражена, епизода која показује да идеје о стварању европских наднационалних институција има нешто дужу историју него што се (уобичајено) мисли. Француски премијер Бријан и његов немачки колега Штресеман су јуна 1929. године, под притиском америчке непомирљиве позиције у погледу финансијских потраживања од европских земаља и америчке незаинтересованости за давање било каквих безбедносних гаранција у Европи, покренули иницијативу за – европску интеграцију. Септембра исте године француски премијер је говорницу Лиге народа искористио да упути позив њеним европским чланицама за ближе повезивање. Коначно, француска влада је упутила и формални позив свим европским земљама чланицама Лиге народа за формирање сталне европске конференције с циљем успостављања федерације. Штресеманова смрт и долазак немачких конзервативаца на власт значио је пропаст овог француског плана. Прихваћен је, у нешто измењеном облику, знатно касније, после много милиона мртвих.

Много је тема, много нових теза у овој књизи, нарочито у погледу економских, односно финансијских чинилаца међународног поретка тог времена. Није ни чудно од аутора који је по струци економиста и који је докторирао у области економске историје. Чуди међутим, одређена непрецизност, понекад на ивици грешака, при разматрању економских тема. Независно од тога, међутим, књига се доста тешко чита. Стил писања је захтеван за читаоца, био он економиста или не, нема оне лакоће стила која карактерише савремену историографију намењену широкој читалачкој публици. Текст на

једној страници не вуче читаоца на следећу – за то је потребан напор. Ипак, у књизи се може пронаћи много налаза који читаоца нагоне на размишљање, нарочито о пропуштеним приликама тог времена. И поређења са садашњим глобални поретком. Независно од тог неспорног квалитета ове књиге, нове звезда савремене историографије ипак није рођена.

Пеђа Митровић*

John Micklethwait, Adrian Wooldridge, *The Fourth Revolution: The Global Race to Reinvent the State*, Allen Lane, London, 2014, 305.

Пре пола миленијума рећи да будућност припада Европи изгледало би као лудост. Док су путописци о Кини писали као о далеком сну завађене и мрачне Европе која се још увек није опоравила од епидемије куге, армија Османског царства допремала је топове пред капије Беча. Убрзо, ток историје се преокренуо. Наредна столећа обележио је привредни, политички и културни успон западне цивилизације без преседана, док су се некад моћна оријентална царства повлачила и распадала. Од тада, лудост је рећи да будућност припада било коме другоме до западној цивилизацији. Бар до релативно скоро.

Четврта револуција је књига уредника британског часописа *Економист*, Џона Миклтвејта и Адријана Вулдриџа, која се бави узлетом западног друштва – како су земље попут Британије, Немачке или САД-а успеле да за мање од 500 година пређу пут развоја који људска цивилизација није успела од самог свог настанка. Паралелно с овим приказом, двојица аутора истражују свет идеја који лежи у основи успеха западних друштава. Шта их је покретало да се непрестано реформишу како би изнова одговарала на исто питање – која је улога државе у друштву? На том свом путу непрестаног преиспитивања и напретка, западна друштва прошла су кроз три (и по) револуције.

Историографски, аутори почетке развоја савременог западног друштва везују за настанак националних држава након мира у Вестфалији, након кога су европски принчеви били присиљени да из страха од непријатељстава једних према другим промене вишевековни модел владања. То је покренуло прву револуцију – вишегенерацијски процес премештања моћи из руку суверена у руке ширег слоја станов-

* Аутор је демонстратор на Економском факултету Универзитета у Београ ду.

ништва. Држава је од тада, наводе они, имала улогу и била довољно снажна да обезбеди очување поретка, али довољно мала да не гуши иновативност. У идејном смислу, сматрају аутори, парадигма прве револуције је Томас Хобс и његов *Левијатан*, преокрет у дотадашњој мисли – државе постоје због својих становника, обрнуто не важи.

Како се с напретком економије усложњавао и друштвено-политички живот, пукотине старог система – непотизам и клијентизам јавне управе, постајале су све видљивије. Као реакција на то, сматрају аутори, настао је *класичан либерализам*, чији је представник у књизи Џон Стјуарт Мил. Идеје класичног либерализма поставиле су основе државног уређења у наредном веку – владавину права и заштиту слобода људи, упоредо с промовисањем професионализације јавне управе по узору на у тада већ свим другим областима превазиђену Кину.

Ипак, како је време одмицало, а становништво се богатило, и сам Мил је интелектуално еволуирао у правцу колективистичких идеја, па је крајем века писао о држави као субјекту који обезбеђује не само јавни поредак и заштиту личних слобода, већ о субјекту који пред себе поставља задатак јавног образовања и јавне здравствене заштите. Тврдио је да „прворазредне империје не могу приуштити себи трећеразредно становништво“. Прагматичан Мил се поново нашао у срцу друштвене промене Запада – ка колективистичком друштву.

„Од 1870-их наовамо“, пишу аутори, „*Левијатан* је снажно пливао улево“. Држава је искорачила далеко изван својих традиционалних функција, у подручја здравства, образовања, привреде, науке и готово свих других области друштвеног живота. Беатрис и Сидни Веб, јунаци треће револуције западних друштава, заговарали су оно што ће након Другог светског рата бити познато као *држава благостања* – свеприсутна дадиља у животима грађана. То је значило не само све веће мешање државе у друштво, већ и рапидно увећање државног апарата мерено и пропорцијом запослених у јавној управи и учешћем јавне потрошње у бруто домаћем производу.[1]

Но, експанзија државе благостања значила је не само њено продирање у готово сваку сферу друштвеног живота нудећи бригу о грађанима *од колевке до гроба*, већ и уплив кроз пословне и друштвене регулације које пре тога готово да нису постојале. То је водило у искривљење система подстицаја. Теза аутора је да је морална корупција друштва на концу довела до садашње кризе система. Створена су друштва у којима опстају силе које заустављају сваку нову револуцију. Они политичари који желе промене и њима теже често пред притиском интересних група и бирача посустају, враћајући се

[1] На пример, на врхунцу ере државе благостања, јавна потрошња у Шведској износила је чак 67% БДП а.

старом моделу. Ни Маргарет Тачер ни Роналд Реган, насупрот широко распрострањеним уверењима, нису успели да преокрену тренд сталног раста државе. Промена је била привременог карактера, како аутори кажу – пола револуције.

И то је оно што их забрињава – деценије изградње једног државног модела прете да се уруше под растућим баластом државададиља које изгледа нема ко да реформише. Уколико Европа и САД желе да остану релевантне у све динамичнијој и растућој конкуренцији азијских аутократија попут Кине и Сингапура, оне морају бити спремне на радикалне промене свог државно-политичког система. Нове политичке елите Запада морају своју преамбициозно замишљену и предимензионирану државу-дадиљу да сведу на знатно скромнију меру. Уместо велике и слабе државе, која свима све обећава, западном друштву је потребнија она скромнија, али јача и трошковно ефикаснија. Другим речима, западна цивилизација мора бити спремна за четврту револуцију! Намеће се питање на које аутори покушавају да дају одговор – зашто би овај пут то било могуће?

Прво, да се може реформисати чак и у Европи аутори показују кроз искуства нордијских земаља, које су пре других прошле кроз све проблеме великог јавног сектора – неодржив раст јавног дуга, растућу незапосленост и привредну стагнацију. Притиснуте новом реалношћу, нордијске земље су ушле у програм болних реформи оштрог смањења државних издатака. Уместо ширења државе на тржиште, они су државу повукли са тржишта, а тржиште почели да уводе у државу. Са оним са чим су се нордијске земље суочавале пре двадесет пет година, друге западне земље се суочавају данас. Као и нордијске земље, и западне ће имати два избора – реформе или пропадање.

Друго кључно објашњење је рапидан напредак технологије. Баумолов закон према којем технологија може направити револуционарне помаке у индустријској производњи, али не и у сектору услуга „с обзиром да је за гудачки квартет увек потребно четири особе“, изгледа да у стварности има ограничено дејство. Поред већ поменутих нордијских земаља које су имплементирањем електронске управе омогућиле ефикасније и транспарентније трошење јавног новца, технолошки напредак омогућава и да се одређене функције државе врате назад у руке самих грађана, чак и оне функције као што је одржање јавног реда.[2] Примера за ове две тезе у књизи има далеко више.

[2] У књизи се наводе примери драстичног пада стопа криминала која су по следица тога што су и грађани спонтано постали део система очувања јавног реда, с обзиром на то да поседују нове технологије које олакшавају пријављивање, снимање или праћење преступника.

На крају, ауторима *Четврте револуције* треба признати да су одолели моди да се само дијагностикује *како јесте* уз ограду да давање препоруке *како треба* урадити или унапредити није у домену истраживања, односно писања. Уредници *Економиста* су у овој својој књизи имали храбрости да дају препоруке. Надаље, саме смернице у којима треба тражити унапређења државе су драгоцене – велики број примера који је поткрепљен референцама и статистичким подацима. Иако се ауторима на терет може ставити стил писања – помало замарајуће стално прелажење с једног примера на други (мало је ствари на којој су се задржали дуже од пасуса), па чак и одређена непрецизност у излагању, велика би била штета пропустити читање *Четврте револуције*.

Стефан Душанић*

Иван Јанковић, *На белом хлебу. Смртна казна у Србији 1904* 2002, Службени гласник Клио, Београд 2012, 622.

Обимна студија Ивана Јанковића, правника и социолога који је стручној јавности одавно познат као аутор студије *Смрт у присуству власти. Смртна казна у Југославији и свету* (Београд, 1985) и један од покретача аболиционистичког покрета, посвећена је двовековној историји смртне казне у Србији и Југославији. Правни оквир смртне казне, обим и начин њене судске и вансудске примене, као и успони и падови идеја о њеном укидању, предмет су темељне студије која своју средишњу тему посматра кроз оптику 114 година историје Србије као самосталне државе и 84 године у оквиру Југославије. Јанковић сакупља, током својих дугогодишњих истраживања, податке о различитим обичајима и праксама везаним за извршења смртне казне. Из тих истраживања проистекао је и наслов дела, *На белом хлебу*, који потиче од народног обичаја да се осуђенику на смрт даје боља храна, коју је бели хлеб увек у Србији симболизовао.

Јанковићево дело има за циљ да на изабраном примеру прикаже развој кривичног законодавства (како материјалног, тако и процесног) у Срба и контекст(е) у којима оно настаје и мења се. Али не само то. У овој синтези, обрада смртне казне са становишта правне историје прожета је анализом развоја либералних и конзервативних политичких идеја, као и утицаја многих друштвених чинилаца, а пре свега војске, интелектуалне елите и чиновништва. Такође, аутор посматра и кривично законодавство у ширем смислу, у светлости историје политичких сукоба у Србији (и Југославији) током 19. и 20. века, што књизи даје посебну вредност. Ипак, поред велике ширине коју оваква студија подразумева, Јанковић се средишње теме доследно држи и њене оквире поштује. Научну утемељеност, тиме и трајну вредност ове књиге за српску правну историју, потврђује чињеница да су Јанковићева истраживања заснована првенствено на архив-

* Аутор је студент мастер студија Правног факултета Универзитета у Београду.

ским изворима – подробном изучавању релевантних фондова Архива Југославије, Архива Србије, Архива САНУ и Историјског архива Београда. Такође, у ткиво студије уткан је и велики број објављених извора, од деловодних протокола, мемоара, дневника, до законских извора, скупштинских протокола, стенограма, различитих статистика и бројних табеларних прегледа.

Поделивши књигу на петнаест хронолошким редом постављених поглавља,[1] Јанковић доследно настоји да прати збивања у српском кривичном законодавству, превасходно у погледу смртне казне, кроз компаративну анализу оновремених европских и балканских прилика, пружајући читаоцу могућност да, поређењем између српских прилика и прилика у окружењу с актуелним европским струјањима, створи што тачнију слику о пракси српског друштва са становишта развоја демократских идеја и уже, развоја аболиционистичког покрета. Промене у том смислу могу се, када је реч о 19. веку, дефинисати као постепено удаљавање од Турске и приближавање земљама европског Запада. Оне су се највише огледале у либералном духу школоване српске елите, који је значајно утицао на поткопавање аутократске власти у складу с „духом времена“. Правници образовани на најбољим европским школама, дали су свој допринос кривичноправним реформама као професори, истакнути чиновници, судије и министри у државној управи.

Већ на почецима самосталног живота српске државе, сталне политичке напетости допринеле су веома раном јављању идеје да се смртна казна за политичке кривице пропише законом. У исто време, законодавство доба уставобранитеља предвиђало је драконске мере, укључив и најтежу казну с циљем заштите приватне својине. Већ од првих дана српске државности смрћу су кажњавани хајдучија и јатаковање, иако је овај проблем и поред предузиманих мера остао актуелан кроз читав 19. век. Погубљења су по правилу извршавана стрељањем, у присуству јавности, пред којом је гласно читана пресуда. Током владавине уставобранитеља уводи се пракса да се помиловање објави у последњем тренутку, на губилишту, како би се повећао драмски ефекат погубљења као спектакла, али и како би се јавно показале милост и моћ суверена.

[1] Наслови поглавља преузети су из извора и значајни су за разумевање сад ржине, те их овде наводимо редом: „За изгубленије главе“: 1804 1813; „Како се кривци код нас на точку суше“: 1815 1839; „Духу времена клањати се“: 1839 1858; „Што се боре мисли моје“: 1859 1869; „Установа која тамани друштво“: 1869 1888; „Поклони ми млађани живот, премилостиви господару“: 1889 1903; „Хоће Ка рабурму да прогласе за Пантеон великих Срба“: 1903 1914; „Проштено је свима, само није издајици“: 1918 1921; „Траже се на смрт осуђени“: 1921 1929; „За време усмрћивања владао је потпуни ред“: 1930 1941; „Доста више с тим стрељањима“!: 1944 1946; „Ми смо у принципу против смртне казне, али смо реалисти“: 1946 1951; „Човек је наше највеће богатство“: 1951 1977; „Смртна казна је уставна категорија“: 1977 1990; „И опет: Духу времена клањати се“: 1991 2002.

Могло би се рећи да је општи тренд друштвеног развоја у Србији током 19. века постепено ишао ка успостављању владавине права. О тим кретањима на најбољи начин сведочи кодификација српског кривичног права од 1860 (двојако насловљена као Криминални/Казнителни законик), која је, с многим изменама и допунама, остала на снази све до 1930. О продору либералног духа у кривично законодавство говори чињеница да је, како су се прилике у земљи стабилизовале, број смртних казни постепено опадао. Ове тежње ишле су у корак с развојем европског аболиционизма, о којем Јанковић даје исцрпне податке, све време пратећи промене у српском законодавству на компаративној равни.

Посебно поглавље књиге посвећено је периоду 1903–1914, који се с правом сматра добом великог развоја демократије у Срба. На основу темељних архивских истраживања аутор оцртава једно време демократског буђења и разнобојности слободно израженог јавног мишљења, које је у исти мах потресано сталним ратним претњама и спољнополитичком кризом. Своју тему он документује подацима о уставним одредбама и кривичном законодавству, примени смртне казне, начинима њеног извршавања, политици и пракси помиловања, стању криминалитета у Србији, личностима на смрт осуђених, скупштинским расправама и расправама у јавности везаним за иницијативу о укидању смртне казне. Јанковићеве оцене општијег карактера, које се тичу укупног погледа на процесе либерализације српског друштва, овде су у духу настојања једног дела домаће историографске литературе да релативизује оцену овог доба као златног доба српске демократије. У складу с таквим погледима, долази се до закључка о тадашњем српском друштву као милитаризованом, на основу податка да су војне потребе имале првенство приликом одређивања државног буџета над цивилним. Чини се да је то недовољан аргумент за довођење у питање демократичности друштва, поготово ако се узму у обзир околности царинског рата, анексионе кризе, два балканска и светског рата у којима се развијала српска демократија (вид. стр. 234). Наравно, Јанковић не пада у замку банализација, заснованих на супротностима патријархално-модерно и затворено-отворено. Напротив, у главнини тела књиге посвећеног овом добу, када анализира уставне промене, криминалитет и кривично законодавство, аутор остаје научно објективан и прецизан, показујући да се у назначеном периоду у Србији смртна казна није користила за политичке обрачуне.

Ванредне околности које су изазване окончањем Првог светског рата, успон комунизма, као и чињеница да је новостворена југословенска држава дуго након уједињења остала конгломерат различитих правних традиција, условили су широку примену смртне

казне. Тиме су привремено напуштене тековине аболиционизма из претходног доба, као и општа демократска тежња ка смањењу броја изречених и извршених смртних казни. Ипак, о укорењености ових идеја сведочи податак да је број извршених капиталних казни у Србији „новог доба“ био упоредив с приликама у западноевропским државама попут Немачке и Француске, као и да се тај број постепено смањивао са смиривањем прилика. Овај се тренд наставио чак и након увођења монарходиктатуре 1929, које се подударало са тадашњим успоном европског тоталитаризма и довело до начелног јачања репресије. Свакако, један од разлога за то било је доношење дугоочекиваног Кривичног законика и Законика о кривичном поступку, који ступају на снагу 1. јануара 1930. Ови прописи представљали су унификацију кривичног права Југославије, али и велики напредак законодавства у правнотеоријском и номотехничком погледу. Прописујући строже услове за њено изрицање и уједначавајући начин извршења, нови закони додатно су утицали на хуманизацију и смањење броја изречених и извршених смртних казни на овим просторима.

До правог искушења за развој демократских идеја, па и за судбину смртне казне, дошло је тек победом комуниста у грађанском рату 1941–1945. Нова власт је, с циљем успостављања новог друштвеног поретка, нагло нарушавала темеље правне државе, лаицизирањем и идеологизовањем правосуђа. Отпочело је доба у којем је било знатно више вансудских погубљења, али и оних за које су сачувани подаци о судским пресудама. Само у периоду од 1945. до 1953. знамо за преко 4000 осуђених на смрт! Обрачун са ратним злочинцима и народним непријатељима, односно непријатељима револуције веома брзо је добио на ширини и замаху и праћен је стварањем специјалних већа при врховним судовима, својеврсних преких судова против чијих одлука није било права жалбе. Готово читав правнички еснаф постао је начелно сумњив, јер је схватан као део буржоаских вредности једног побеђеног света. Смртна казна се у периоду „прве петољетке“ примењивала и на имовинска и на политичка кривична дела, чиме се наглашава раскид са традицијама грађанског аболиционизма који је у Србији био на врхунцу почетком 20. века. Доношењем Кривичног законика 1951. године коначно је потврђено начело да имовински криминалитет подлеже смртној казни, иако је оно у Србији било одбачено још Казнителним законом (1860), односно Уставом од 1901. године. Како јасно произлази из Јанковићеве књиге, српско друштво је у погледу кривичног законодавства, победом комуниста кренуло унатраг у односу на сопствене демократске тековине.

Насупрот општим међународним кретањима, аболиционистички трендови заобишли су социјалистичку Југославију, где су преовла-

дали идеолошки разлози тобожње неопходности њеног задржавања. Ипак, с процесима децентрализације земље, након доношења Кривичног законика 1951. и више промена уставног уређења (1953, 1963), постепено долази и до либерализације кривичног права, која ће трајати до 1973. године. Поменута либерализација се огледа, после законских новела од 1959, у смањењу броја капиталних преступа, укидању смртне казне за кривична дела против имовине и укидању казне доживотног затвора. Описујући друштво које се мењало упоредо са законима, аутор нам даје упечатљиву слику овог времена. Јанковићеви описи судских процеса популарних у јавности, подаци о адвокатским одбранама, јавном мњењу, извештајима штампе, представљају не само занимљиво и живо писано штиво, већ и драгоцену, незаобилазну грађу за сваку будућу студију која би имала за циљ истраживање кривичног права, али и проучавање менталитета епохе.

Даље измене кривичног законодавства које су ишле у правцу заустављања трендова либерализације, настале су као последица коренитих уставних промена од 1974. Услед овога, током осамдесетих година у Србији се формира аболиционистички покрет (различите варијанте Друштва за борбу против смртне казне) који наилази на отпор власти и подршку јавности, посебно у Србији и Словенији. Покрет напредује нарочито после Брозове смрти, у време интензивних „петиционашких“ иницијатива грађанске опозиције. Када је реч о политичким приликама у којима се појачава захтев за изрицањем смртне казне, Јанковићева пажња зауставља се на последицама масовних насилних демонстрација на Косову и Метохији 1981, које су се претвориле у политички захтев за проглашењем републике Косово, а посредно или непосредно испровоцирале проширивање српског кривичног законика у области законске примене смртне казне. Иако ауторово излагање у овом делу књиге и даље остаје верно званичним статистикама и подацима, могао би се стећи утисак да он јасније описује случајеве (пример афере Милинчић) који релативизују албански терор над Србима на Косову и Метохији (вид. посебно стр. 503). Такође, приликом анализе измена Кривичног законика од 1986, које су прошириле могућност изрицања смртне казне, аутор долази до драстичних закључака о природи и намерама власти у Србији, иако измене никада нису примењене и ниједна смртна казна није изречена. О закључцима ширег домета када је овај део књиге у питању вероватно је и данас још рано доносити коначне судове. За наше осећање неопходности баланса, које Јанковић поштује у највећем делу књиге, било је боље изнети и податке о вансудским погубљењима Срба на Косову. На тај начин читалац би био у бољем положају да доноси самосталне закључке о природи тадањег српског кривичног законодавства.

У последњем поглављу своје књиге, Јанковић заокружује повест о два века постојања смртне казне у Србији све до њеног укидања 2002. године. Анализирајући смртну казну у уставима и законима (укључив и измене казненог законодавства од 1993, 2001. и 2002, те расправе у Народној скупштини) он даје веродостојну слику општих прилика везаних за кривично законодавство током Милошевићеве владавине, као и у околностима постпетооктобарске смене власти. У осведоченом компаративном маниру, и у овом поглављу Јанковић сучељава опште (посебно европске) прилике с оним на домаћем тлу, служећи се статистикама, штампом и истраживањима јавног мњења. Показује да иако су велике силе данашњице, попут САД и НР Кине, задржале смртну казну, стално растући број аболиционистичких држава несумњиво показује снагу једног, чини се неповратног процеса. Закључујући своја разматрања, аутор се осврће на претпоставке о будућности која се тиче српских прилика. Своје бојазни за опстанак укидања смртне казне, које сматра „младом и крхком биљком" у Србији (иако је последње погубљење извршено још 1992), Јанковић везује за могућности јачања политичке блискости с Русијом (у којој је, иначе, смртна казна *de facto* укинута, услед споразума са Саветом Европе), позивајући се на опасност коју у томе смислу представља, речима аутора: „у Србији увек јака русофилија и примамљивост позивања на православље и словенску душу". Разуме се, изнете слутње произлазе најпре из више пута поновљеног и намерно наглашеног става како је у свим Југославијама смртна казна вазда била сматрана за „српску ствар". Овакво становиште доведено је у питање податком из саме књиге: од укупно 6500 правноснажно осуђених на смрт у последња два века (за које је Јанковић успео да пронађе податке), преко 4000 је осуђено после Другог светског рата, од стране комунистичке југословенске власти, када те осуде по природи ствари нису могле бити искључиво „српска ствар".

Посебност ове књиге представља околност да је аутор један од покретача и најактивнијих учесника аболиционистичког покрета у Србији (и бившој Југославији). То га чини драгоценим сведоком, човеком који поседује информације из прве руке о динамичним збивањима која носе јасна политичка обележја. На фактографском, истраживачком нивоу, реч је о књизи која је ризница података и у томе лежи њена највећа вредност. Закључци општијег политичког реда који провејавају целином текста, а посебно су поентирани у резимеу на енглеском језику, могли би бити подложни примедбама. Ипак, и читалац који се не слаже у потпуности с начином на који понекад одређује поенте свог текста, научном резултату Ивана Јанковића мора прићи с највишим поштовањем, уз општи утисак о завидном домету штива које је пред читаоцем и несумњивој ауторовој способности синтетичког мишљења. Ваља додати и још једну, не мање

важну одлику ове књиге: написана однегованим језиком, с повременим умесним духовитостима, она оставља утисак елегантне прозе, несвојствене понекад сувој правничкој литератури, у којој оно *шта* је написано често односи превагу над оним *како* је написано.

На крају пута на који нас је повела књига Ивана Јанковића остаје утисак правог рудника података, успелих скица за историју менталитета, драгоценог сабирања извора о два века српске правне историје. Утолико је оправданији избор да се она објави у престижној едицији „Синтезе", где су већ нашла своје место различита репрезентативна синтетичка дела из области друштвених наука. Научна утемељеност и књижевна вредност ове књиге чине је једнако примамљивом широј публици као и правној науци, коју је аутор својим делом несумњиво задужио.

Ана Одоровић*

Leszek Balcerowicz, Andrzej Rzonca, (eds.) *Puzzles of Economic Growth*, Washington, DC, 2015, 352.

Књига аутора Лешека Балцеровича и Анджеја Жоњце представља резултат напора да се „расути делићи слагалице“ под називом „привредни раст“ саставе у један кохерентан систем фактора који одређују разлике у нивоу богатства појединих земаља. Уредници, који су и аутори два кључна поглавља, своју су аргументацију систематизовали у две целине: теоријски оквир анализе и студије случајева. Основна идеја која прожима обе целине јесте да разумевање проблематике привредног раста превазилази разматрање његових „површних“ узрока, попут акумулације капитала, повећања ангажовања радне снаге и раста укупне факторске продуктивности јер и они сами захтевају дубље објашњење – анализу институција. Осим тога, аутори посебну пажњу посвећују утицају шокова на просечну стопу привредног раста, и то нарочито у њиховом садејству са специфичним институцијама које негативне ефекте тих шокова могу да ублаже или продубе.

Разлике у стопи раста између појединих земаља нису биле знатне све до појаве индустријске револуције у Енглеској крајем XVIII века. На тој чињеници аутори темеље своју основну тезу да иновације, укључујући и трансфер технологије из развијених земаља, представљају једини универзални и одрживи механизам привредног раста, будући да оне леже у основи сваког увећања укупне факторске продуктивности. Стога, основни задатак реформи је уклањање институционалних баријера привредном расту заснованом на иновацијама и јачање институција које подстичу иновирање, а које аутори још називају „покретачким“ институцијама.

У књизи се разматрају две врсте институционалних баријера: оне које спречавају проток информација у друштву, попут економске

* Ауторка је сарадник у настави на Правном факултету Универзитета у Бео граду.

изолације земље, и оне које умањују саме подстицаје за иновације. Овај други вид баријера најчешће потиче од ниске стопе инвестиција јер је за иновације неопходна одговарајућа акумулација капитала. Ту се аутори посебно задржавају на анализи фактора који условљавају да стопа приноса инвестиција буде ниска или несигурна, пре свега имајући на уму прекомерно опорезивање, слабу заштиту својинских права, корупцију или низак ниво штедње. Међутим, независно од нивоа инвестиција, иновације ће, према мишљењу аутора, изостати уколико не постоји слободна конкуренција на тржишту, јер ће заштићени произвођачи у грани имати већу корист од уобичајених, рутинских метода производње у односу на иновације.

Основни налаз овог дела анализе је да реформе треба да иду у правцу што веће либерализације, да их треба спровести што брже, а њихов опсег прилагодити броју и дубини институционалних баријера. Ипак, може се замислити, наглашавају аутори, да привреда искуси раст и пре него што изградња покретачких институција буде сасвим окончана, деловањем специјалних механизама раста који се по правилу активирају у транзиционим привредама, уклањањем очигледних неефикасности централно планских система. Међутим, за разлику од раста који се базира на иновацијама, ефекат ових механизама једнократан је и по правилу, врло брзо се исцрпљује.

Други врло важан моменат у анализи привредног раста, према мишљењу аутора, представља осетљивост привреде на шокове. Показало се да снажне контракције привреде настале под дејством шокова имају дугорочно негативно дејство на просечну стопу привредног раста, без обзира на то колика је брзина каснијег опоравка. Стога, аутори посебно наглашавају значај стабилизационих институција које утичу на правац макроекономске политике, с обзиром на то да она у великој мери одређује изложеност привреде шоковима. Стабилизационе институције су оне које ограничавајући политичку моћ појединаца на власти, континуирано обезбеђују стабилност валуте, ограничавају јавну потрошњу и јавни дуг, и обезбеђују ефикасан надзор над финансијским тржиштем. Њима се постиже да економска политика земље, па тиме и њен привредни раст, буде мање зависна од личности појединаца на власти.

Након што је проблематика привредног раста у првом делу књиге теоријски детаљно обрађена, у другом делу књиге следе студије случајева које имају за предмет парове земаља које су у посматраном историјском тренутку бележиле приближно исти ниво БДП-а *per capita*, да би се касније значајно удаљиле на својим путањама привредног раста. Занимљиво је да су земље упарене најчешће на основу заједничког културног и историјског наслеђа, што дозвољава да се контролише утицај културе на институције, фактора који се посебно

тешко дефинише и мери. У складу са изложеним теоријским оквиром, студија случаја има два корака: прво се испитује утицај шокова на привредни раст, као и у којој мери је економска политика ублажила или појачала њихово дејство, а затим се, у другом кораку, пореди квалитет покретачких институција.

У објашњењу дивергентног раста појединих парова земаља, аутори посебно наглашавају утицај шокова. Тако су нпр. Аустралија и Нови Зеланд почетком седамдесетих година бележили приближно исти ниво БДП-а *per capita*, да би 2001. године у Аустралији он био виши за око 30%. Одлучујући утицај на спорији раст Новог Зеланда имали су раст цене нафте средином седамдесетих и пад извоза у Велику Британију након њеног приступања Европској заједници.

На сличан начин аутори образлажу како је Аустрија скоро стигла Швајцарску, иако је на почетку посматраног периода БДП *per capita* Аустрије чинио 65% БДП-а *per capita* Швајцарске. Нафтна криза средином седамдесетих година посебно је погодила земље које су биле највећи увозници швајцарских производа, а снажна апресијација швајцарског франка додатно је смањила њену конкурентност у извозу. Ипак, кључни елемент анализе у случају и Швајцарске и Новог Зеланда нису шокови сами по себи, као егзогена околност на коју држава нема утицај, већ неодговарајућа макроекономска политика која је у обе земље допринела да негативне последице буду тих размера.

На истој линији аргументације, аутори заступају тезу да неадекватна економска политика може бити и директан узрок унутрашњег шока, као у примеру вишеструких криза у Мексику. Виши степен фискалне и монетарне дисциплине који је постојао у Шпанији је, према мишљењу аутора, определио њен бржи раст у односу на њену бившу колонију.

У случају других земаља које су биле предмет ове студије, акценат је углавном стављен на квалитет покретачких институција. Пример Естоније и Словеније је интересантан због тога што су ове земље у процесу транзиционих реформи приступиле изградњи тржишних институција готово из темеља.. Иако је почетна рецесија много дубље погодила Естонију услед лошијих иницијалних услова, брже и радикалније реформе у смеру либерализације условиле су виши ниво БДП-а *per capita* у каснијој фази у односу на Словенију.

Разлика у стопи раста Кине и Индије представља посебан куриозитет због тога је Комунистичка партија у Кини, након завршетка Културне револуције 1978. године, успела да спроведе далекосежније реформе усмерене ка тржишној привреди у односу на Индију чија је привреда у основи већ била капиталистичка.

Поређење Пакистана и Индонезије је карактеристично због тога што су обе државе у различитим периодима циклично смењивале либералне и антилибералне реформе. У складу са предвиђањима, либералне реформе биле су праћене експанзијом, а антилибералне контракцијом привреде.

Пример Венецуеле и Чилеа је индикативан за разумевање значаја покретачких институција и у земљама богатим природним ресурсима. Прва је у посматраном периоду упала у рецесиону спиралу, док је друга захваљујући успешним реформама остварила најбржи раст међу земљама Јужне Америке.

Како оценити домашај ове књиге? Теоријски оквир анализе изложен у њеном првом делу представља врло студиозан приказ до данас релативно неспорних налаза теорије привредног раста, који је при том уобличен у веома систематичну структуру излагања која се лако прати. За све мање верзиране познаваоце теорије привредног раста ово је веома једноставан начин да се на стотинак страница информишу о њеним најважнијим резултатима. Ипак, ова књига не доноси много тога новог на плану теоријске анализе. Такође, може јој се замерити да неједнаку пажњу придаје покретачким институцијама, које су у основи раста заснованог на иновацијама, и макроекономским инсититуцијама, које одређују изложеност привреде шоковима. У првом случају механизам подстицаја је веома јасно аргументован, док се код стабилизационих институција аутори задовољавају образложењем да се ради о политичком систему који ограничава дискрециону моћ оних који доносе важне одлуке у друштву на начин који обезбеђује дисциплину фискалне и монетарне политике. До краја излагања остаје недоречено о којим институцијама је заправо реч. На сличан начин, аутори се не упуштају у расправу о томе какав је релативан значај појединих покретачких институција, помало површном квалификацијом да свака институционална баријера може да буде довољан узрок успореног привредног раста или чак стагнације.

Емпиријски део ове књиге је у методолошком смислу веома оригиналан, али изложен са мање научне ригидности и поузданости у закључивању у односу на теоријски део. Кредибилитет анализе се може пре свега довести у питање код оних земаља које су биле погођене шоком. Ту аутори, чини се пребрзо закључују да негативне последице шока не би биле тако дубоке да је постојао већи степен дисциплине у макроеконоској политици. Међутим, уколико су друге земље, парови у анализи, углавном биле мање погођене шоком, у којој мери нам економске политике у тим земљама уопште могу послужити као репер?

Анализа покретачких институција у емпиријском делу је изложена врло јасно и доследно. Међутим, оно што читаоца може да учини помало неповерљивим према појединим налазима је њен дескриптиван карактер. Иако је у неким примерима приметно деловање и неинституционалних фактора, одсуство квантитативних метода анализе онемогућава да се изолује њихов утицај, што у великој мери субјективизује закључак да су институције увек биле заслужне за привредни раст. На крају, остаје нејасно зашто се књига из 2015. године зауставља на анализи стања које је постојало у 2001. или 2003. години.

Упркос свим отвореним питањима која остају иза ове књиге, што пре свега сведочи о сложености проблематике привредног раста, неспорно је да су аутори са изузетном вештином систематизовали знања у овој области и понудили врло иновативан приступ емпиријској анализи. За Србију је ова књига значајна јер носи веома једноставну поруку да за данашње стање српске привреде не треба тражити „кривца“ у реформама заснованим на економској либерализацији, већ у њиховој недовршености.

Др Михаел Антоловић*

Annika Mombauer, *Die Julikrise. Europas Weg in den Ersten Weltkrieg*, München: C. H. Beck, 2014, 128**.**

У непрегледној литератури чије је објављивање подстакла стогодишњица почетка Првог светског рата нарочиту пажњу историјске науке и даље привлачи питање узрока ове „исконске катастрофе XX века" те је свој прилог овој теми дала и британска историчарка Аника Момбауер (рођ.1967). Усредсређена у својим истраживањима на историју Немачке почетком XX века, она је, поред монографије посвећене интерпретацијама узрока Првог светског рата у историографији (*Узроци првог светског рата. Спорења и сагласности*, оригинално енглеско издање 2002, српско 2013), објавила и опсежну студију о Хелмуту Молткеу Млађем, начелнику немачког генералштаба, зборник дипломатских и војних докумената о узроцима Првог светског рата (*The Origins of the First World War: Diplomatic and Military Documents*, 2013) док управо треба да изађе из штампе „компаративна историја" битке на Марни (*The Battle of the Marne, 1914. A comparative history*, 2014).

У обимом невеликој књизи под називом *Јулска криза. Пут Европе у Први светски рат*, Аника Момбауер је сажела своје ранија истраживања предочивши их у синтези посвећеној дипломатским активностима великих европских сила током „Јулске кризе" 1914. године. Након кратког увода у коме је указала на водеће приступе који су обележили историографију о „Јулској кризи" током претходних 100 година, она је своје излагање структурирала унутар пет поглавља у којима је анализирала особености предратне дипломатије (стр. 15–26), Сарајевски атентат (стр. 26–34) и прве реакције европских влада на њега (стр. 34–60), аустро-угарски ултиматум Србији (стр. 60–77), покушаје посредовања великих сила (стр. 77–95), мобилизацију и избијање светског рата (стр. 95–116) за којима следе закључно разматрање (стр. 117–122) те попис литературе и регистар личних имена (стр.123–128).

* Аутор је доцент Педагошког факултета у Сомбору.

Указујући на перманентне кризе које су обележавале односе међу европским силама на почетку XX века, Аника Момбауер истиче да „велики европски рат никако није био неизбежан". С обзиром на то да су бројне међународне кризе (од Мароканске 1905, закључно с афером Лимана Сандерса у јесен 1913) окончане мирним путем, она сматра да је кључно питање зашто је „Јулска криза" прерасла у светски сукоб? Један од могућих одговора она проналази у чињеници да је Сарајевски атентат међу великим европским силама, које су све имале разрађене ратне планове и системе мобилизације милионских армија, произвео осећања „параноје, страха и прецењивања сопствених способности" која су допринела томе да криза прерасте у „дуго прижељкивани рат". Указујући на најважније чињенице везане за убиство надвојводе Франца Фердинанда, ауторка је Сарајевски атентат сагледала у контексту раширене праксе атентата на истакнуте политичке личности на прелому XIX и XX века. Истакавши разлику између официјелних израза жаљења за погибијом надвојводе и његове супруге и осећања извесног растерећења које је наступило у појединим дипломатским круговима у којима престолонаследник није био омиљен, ауторка је указала и на подељеност мишљења у државном врху Аустроугарске – док је начелник Генералштаба Конрад фон Хецендорф, као и безброј пута раније заступао енергичну војну акцију против Србије, цар Франц Јозеф и угарски председник владе Иштван Тиса у почетку су исказивали уздржаност према ратном решењу. Будући да се аустроугарски државни врх определио за рат против Србије тек након „бланко чека" који је немачки цар Вилхелм II уступио својим савезницима, ауторка сматра неспорним да је „држање Немачке било кључно за исход кризе" (стр. 39), односно, да је њена неограничена подршка ратним амбицијама Аустроугарске представљала „кључни тренутак у Јулској кризи" (стр. 43). При томе, од значаја је и њен суд да „не постоји никаква сумња да су доносиоци одлука у Бечу и Берлину циљали на то да се изазове рат са Србијом" (стр. 57) с обзиром на то да нису располагали уверљивим доказима о саучесништву српске владе у припремању атентату.

Ова настојања добила су свој пуни израз у аустроугарском ултиматуму Србији чиме је „Јулска криза" од спора двеју држава прерасла у међународну кризу чије је дипломатско решење било онемогућено чињеницом да државни врх Немачке и Аустроугарске није стремио њеној „деескалацији". Одатле су иницијативе појединих великих сила, првенствено Велике Британије, за посредовањем у дипломатском решавању сукоба током одлучујуће фазе „Јулске кризе" (23–28. јул) биле осујећене неспремношћу немачког државног врха да прихвати сазивање међународне конференције и нападом Аустроугарске на Србију. Према томе, уручењем неприхватљивог ултиматума те објавом рата Аустроугарска је начинила два одлучујућа корака који

су условили прерастање локалног дипломатског сукоба у светски рат (стр. 82). Истовремено, државно вођство Немачке није било спремно на избегавање рата већ је смерало искључиво да предстојећи рат „води под најбољим могућим условима“ (стр. 85) настојећи, при томе, да „препусти другим силама да начине први корак како би тиме деловале као агресори“ (стр. 71). Одатле Аника Момбауер закључује да је, упркос распрострањене спремности за вођењем рата код већине европских сила, „највећи део одговорности за избијање рата на одлукама Аустроугарске и Немачке“ (стр. 117) које су од самог избијања „Јулске кризе“е планирале њено ратно решење. При томе, док је Аустроугарска имала за циљ првенствено рат против Србије, Немачка је, пружајући подршку свом савезнику, настојала првенствено да порази Француску и Русију и на тај начин успостави своју доминацију на европском континенту.

Упркос томе што у савременој науци не постоји „униформност мишљења“ у погледу узрока Првог светског рата, ово питање је након сто година делимично изгубило своју ранију политичку релевантност те да га је могуће истраживати „без мржње и пристрасности“. Одговорност Централних сила, првенствено Немачког рајха за покретање рата утврђена чл. 231 Версајског мировног уговора да би доцније била документована историографским радовима Фрица Фишера и његових наследника, подврнуто је ревизији у једном делу савремене историографије. Док аустралијски историчар Кристофер Кларк држи да су за избијање рата биле одговорне све велике силе, поједини историчари заступају становиште да су у томе кључну улогу имале Француска (Штефан Шмит), односно, Русија (Шон Мекмикин). Одбијајући ново/старо тумачење према коме су европске силе 1914. просто „беспомоћно склизнуле у рат који нико није желео“ или, пак, да су рат проузроковале „професионалне грешке“ мале групе дипломата, политичара и војника, ауторка сматра да „таква релативизација одговорности не може да издржи критичко преиспитивање“. Следећи „ортодоксно“ Фишерово становиште, она сматра неупитним одговорност Немачке и Аустроугарске чије су политичке елите у јулу 1914. донеле одлуке о покретању рата како би оствариле своје спољнополитичке циљеве.

Најслабији делови књиге Анике Момбауер јесу они у којима просуђује о јужнословенским просторима. Осим спорних оцена о надвојводи Фердинанду као особи спремној на уступке захтевима народности, „човеку мира“ и „најбољем пријатељу Русије“ (стр. 29), посебно пада у очи крајње штур и стереотипан приказ организације *Млада Босна* и њених припадника као националиста спремних да „жртвују живот за великосрпску ствар“ (стр. 30). Наиме, ауторка у потпуности пренебрегава југословенски карактер ове организације

која је борбу за национално ослобођење сматрала неодвојивом од борбе за социјалну еманципацију и модернизацију полуфеудалног босанско-херцеговачког друштва. При томе, ваља нагласити да, иначе изразито акрибична ауторка, из непознатих разлога није користила радове српских историчара који су доступни на енглеском језику – имамо на уму, пре свега, класично остварење Владимира Дедијера *The Road to Sarajevo* (1966) као и стандардно дело Андреја Митровића *Serbia's Great War 1914–1918* (2007). Истовремено, пада у очи и погрешно писање појединих српских личних имена – Богдан Жерајић (Bogdan Žeraji), Цвјетко Поповић (Civijetko Popović), Љуба Јовановић (Ljuba Jordanović) те Мирослав Спалајковић (Miroslav Spalaijcović).

Упркос реченим недостацима, сматрамо да је Аника Момбауер успела да пружи врло успешну и фактографски богату историографску синтезу међународних односа током „Јулске кризе“ 1914. која је утемељена на изванредној ерудицији и сувереном познавању извора и литературе. Ауторкин приступ одликује и продубљена анализа историјских догађаја и процеса, одмерени судови и опрезни закључци при чему су узроци Првог светског рата сагледани унутар ширег контекста европске историје. Имајући на уму поменуте чињенице, сматрамо да је Аника Момбауер у свом раду понудила уравнотежен и објективан приказ главних чинилаца који су одређивали односе између великих европских сила и који су, на концу, довели до избијања светског рата.

Др Милош Јовановић*

МОРИС ДИВЕРЖЕ
(1917 2014)

Вероватно би било тешко пронаћи синтагму која боље описује значај и научни допринос Мориса Диверžеа (*Maurice Duverger*) од оне коју је још 1989. године употребио тадашњи доајен француског уставног права Жорж Ведел (*Georges Vedel*): „Револуција Диверже“.[1] И заиста, Морис Диверже, чији се животни пут окончао 17. децембра 2014. у 98. години живота, био је пример човека чија стваралачка снага никада није била спутавана етаблираним категоријама и устаљеним конвенцијама. Појам полупредседничког режима, чији је родоначелник управо био Диверже, о томе пружа понајбоље сведочанство. Свакако не и једино.

На раскрсници правних и политичких наука, академског позива, новинарства али и практичне политике, Диверžеов атипичан животни пут започео је 5. јуна 1917. у Ангулему. Након завршених студија права на факултету у Бордоу и одбрањене докторске дисертације из Управног права, Диверже постаје 1942. године, са 25 година и освојеним првим местом на конкурсу, професор јавног права. Након кратког боравка на Универзитету у Поатјеу, Диверже се 1943. године враћа на Универзитет у Бордоу. На Правни факултет Универзитета у Паризу прелази 1955. године, да би коначно, након реорганизације париског универзитета која је уследила после догађаја из 1968. године, прешао на Универзитет Париз 1 Пантеон-Сорбона на ком ће остати до краја каријере, 1985. године. Поред Универзитета Париз 1, Морис Дивржe редовно је предавао и на париском Институту политичких студија.

Када се сагледавају животна и академска путања Мориса Диверžеа, прилично јасно се исцртава нит којом су биле повезане све

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду.

1 Georges Vedel, „Rapport de synthèse“ ó *La continuité constitutionnelle en France depuis 1789*, Economica, Paris, 1990, 173.

његове професионалне активности: снажна склоност ка политици. Она се током читавог Дивержеовог живота испољавала како у практичном, тако и у њеном теоријском аспекту.

Интересовање за „јавну ствар" будући француски политиколог показао је наиме још у младости. Са тек навршених шеснаест година, Морис Диверже постаје 1933. године члан Републиканске народне уније коју је предводио Филип Енрио (*Philippe Henriot*), потоњи државни секретар за информисање и пропаганду Вишијевског режима. Три године касније, Диверже се придружује Француској народној партији Жака Дориоа (*Jacques Doriot*) у којој ће чак вршити и функцију секретара омладине за југозапад. Свој младалачки политички ангажман ће Диверже током своје академске каријере морати више пута да објашњава, бранећи се од оптужби да је у предратној француској одржавао блиске везе с екстремном десницом.[2] Ово тим пре што је поред чланства у политичкој партији која је током рата непосредно учествовала у колаборацији, Диверже био 1941. године и аутор контроверзног чланка чија је тема статус јавне функције под Вишијевским режимом и у којем се између осталог појашњавају – на научни, тј. аксиолошки неутралан начин – прописи којима су Јевреји били дискриминисани у погледу запошљавања у државној управи.[3] Због наведеног чланка је Диверже у два наврата, 1968. и 1988. године, био приморан да се брани од оптужби за антисемитизам због чега је покренуо поступке за клевету у којима су судови, оба пута, стали на његову страну.[4]

Да му је практично бављење политиком блиско, Диверже је показао и након одласка с универзитета, када је 1989. године постао посланик у Европском парламенту као кандидат италијанске комунистичке партије.

Ако се пре почетка, и по завршетку академске каријере, склоност ка политици испољила кроз страначко деловање, жеља за

---

[2] Овакви напади у послератној Француској нису били ретки али подједнако нису увек били основани. Иако је Француска народна партија (*Parti populaire français*) чији је Диверже био члан од 1936. до 1938. године касније непосредно учествовала у колаборацији с немачким окупатором, не може се рећи да је она од самог почетка била екстремно десничарска. Уосталом, њен вођа, Жак Дорио био је претходно члан Француске комунистичке партије и велики део њених функционера као и њеног чланства, дошао је управо с леве стране политичког спектра. Од тренут ка када се у оквиру странке појачала антипарламентарна и антисемитска реторика, Диверже је, 1938. године, већ био окончао свој политички ангажман и посветио се академској каријери.

[3] M. Duverger, „La situation des fonctionnaires depuis la Révolution de 1940", *Revue de droit public*, Vol. 57, n° 1/2, 1941, p. 277 339.

[4] Danièle Lochak, „La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme", у: *Les usages sociaux du droit*, CURAPP PUF, 1989, 252 285.

утицајем на друштвене догађаје манифестовала се током професорске каријере кроз новинарски ангажман. Диверже је током читавог периода своје професуре био редовно, познато и признато перо дневног листа *Свет* (*Le Monde*) за који је почео да ради још 1947. године и за који је током свог живота написао преко хиљаду чланака.[5] Обрађивао је различите теме, од друштвених и економских до правних и политичких.[6] Овим снажним медијским присуством и чланцима који су најчешће били објављивани на првој страници *Монда*, Диверже је себи обезбедио приличан утицај у јавној сфери али и сасвим специфичну позицију у академском пољу. Новинарски ангажман у оквиру конзервативног миљеа професора права, у којем се још увек сматрало да је за једног универзитетског професора крајње непримерено да се упоредо бави и журналистиком, био је у најмању руку неконвенционалан. Утолико се може рећи да је позиција „монденског правника“ коју је Диверже измислио била крајње субверзивна и револуционарна, доносећи узгред и конкретне користи у виду појачане видљивости и друштвеног капитала.[7]

---

5 Поред листа *Le Monde*, Диверже је сарађивао и са другим штампаним медијима попут недељника *L'Express* или *Le Nouvel Observateur*.

6 Писао је и о међународној политици па је тако деведесетих година про шлог века неретко писао о југословенској кризи, показујући дозу луцидности и поштења коју је тих година било тешко пронаћи у француским медијима. Тако је, на пример, критиковао примену принципа *uti possidetis juris* на проблем граница између бивших југословенских република: „Правно гледајући, није прихватљиво за немарити разлику између унутрашњих граница, које постоје између чланица једне савезне државе, и међународних граница, које постоје између независних држава. Успостављене кроз заједнички живот у оквиру једне целине, ове прве се заснивају на аранжманима између партнера који се морају ревидирати у случају развода“, M. Duverger, „Le virus de la fragmentation“, *Le Monde*, 27/12/1991. Умео је да укаже и на одговорност „међународне заједнице“ за југословенску драму. Говорећи о рату у Босни и Херцеговини написао је следеће: „државе [евроспке] заједнице знале су да кле да ће признање те земље проширити и погоршати грађански рат“, M. Duverger, „Reconstituer une Bosnie“?, *Le Monde*, 09/06/1993. Говорио је и о двоструким арши нима у односу на српски народ у БиХ и „дискриминацији коју ниједан правник не би одобрио“, M. Duverger, „La paix dans l'ex Yougoslavie“, *Le Figaro*, 06/10/1994.

7 Израз „монденски правник“ употребљава професор Бастијен Франсоа: Ba stien François, „La gloire avant l'oubli (en France)“, *Revue internationale de politique comparée*, Vol. 17, 2010/1, 28. Двострука позиција Мориса Дивержеа, професор и новинар или како су га студенти париског Института политичких студија прозва ли „професор у листу *Свет*“ („Professeur au journal *Le Monde*“), уз све предности, није била, социолошки посматрано, без трошкова, уосталом као и свака стратегија која се заснива на превазилажењу постојећих оквира и симултаном игрању на два могућно блиска, али ипак засебна професионална поља. У случају Дивержеа, „тро шак“ његове оригиналне (двоструке) позиције огледао се у чињеници да Диверже никада није постао члан француског Уставног савета чему је тежио. О двострукој позицији Дивержеа вид. и: Renaud Dorandeu, „La 'terrible logique des sages'. Maurice Duverger: écritures biographiques et journalistiques“, *Politix*, Vol. 5, N°20. Quatrième trimestre 1992,136 154.

Склоност ка политици коначно се огледала и у чињеници да је поред бројних универзитетских уџбеника, Морис Диверже оставио и велики број политичких есеја у којима се између осталог бавио питањима демократије, политичких система, функционисања Западних демократија или пак Европском унијом: *La démocratie sans le peuple* (1967), *Janus, Les deux faces de l'Occident* (1972) или *Le lièvre libéral et la tortue européenne* (1990), само су неки од њих.[8]

Ипак, Дивержеова склоност ка политици оставила је најдубљи траг у академској сфери, како кроз институционализацију политичке науке као академске дисциплине, тако и кроз претходно увођење новог приступа у изучавање уставног права.

Политичке науке су на француском универзитету дуго биле у сенци јавног права за које су биле и институционално везане тако да као дисциплина дуго нису располагале потребном аутономијом, посебним катедрама нити специфичним наставним особљем. И на овом плану Морис Диверже одиграо је кључну улогу. Врло брзо након национализације *Слободне школе политичких наука* и њеног преображаја у париски *Институт политичких студија* 1945. године, Морис Диверже успева да избори стварање једног од првих института политичких студија ван француске престонице – Института политичких студија у Бордоу чији ће директор бити од самог почетка 1948. године до преласка на Универзитет у Паризу. Слично ће учинити и 1969. године када ће створити први универзитетски одсек (факултет) посвећен искључиво политичким наукама – Одсек политичких наука Сорбоне на Универзитету Париз 1 Пантеон-Сорбона чији ће такође бити први директор и на ком ће завршити своју универзитетску каријеру. Поред тога, и можда најзначајнији фактор аутономизације политичких наука као дисциплине, Морис Диверже ће издејствовати, с групом професора, стварање засебног националног конкурса за универзитетске професоре политичких наука након 1971. године.[9] До тада су наиме наставници који су се бавили или који су желели да се баве политичким наукама били бирани преко конкурса за *јавно право и политичке науке*. Утолико је отварање засебног конкурса само за дисциплину политичких наука заиста остварило институционалне претпоставке за њену пуну аутономизацију као посебне универзитетске дисциплине. Први председник комисије на новоуведеном конкурсу управо је био Морис Диверже 1973. године.

---

[8] M. Duverger, *La démocratie sans le peuple*, Editions du Seuil, Paris, 1967 (српско издање *Демократија без народа*, Рад, Београд, 1968); M. Duverger, *Janus, Les deux faces de l'Occident*, Fayard, Paris, 1972 (*Janus, Dva lica zapada*, Globus, Zagreb, 1980); M. Duverger, *Le lièvre libéral et la tortue européenne*, Albin Michel, Paris, 1990.

[9] Marc Milet, „L'autonomisation d'une discipline. La création de l'agrégation de science politique en 1971", *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2001/1, N° 4, 95 116.

Наравно, терен за институционалну аутономизацију политичких наука већ је био припремљен великим делом захваљујући Дивержеу и чињеници да је у изучавање уставног права Диверже већ био увео политиколшку анализу сматрајући да уставно право није више у могућности да објасни реалност функционисања институција, и да се искључивим ослонцем на уставну норму не може сагледати права природа институционалних односа. И сам Дивержеов уџбеник из 1948. године ће се појавити, како напомиње професор Бастијен Франсоа (*Bastien François*), под врло оригиналним насловом за ту епоху – *Уџбеник уставног права и политичке науке* – у којем се, супротно тадашњим канонима, 70 страница односило на „политичке снаге".[10] Наслов предмета такође је великим делом захваљујући Диверждеу преименован 1954. године, у склопу националне реформе програма правних факултета, из *Уставно право* у *Уставно право и политичке институције*. Када је Жорж Ведел говорио о „Револуцији Диверже", управо је имао у виду овај нови приступ који је Диверже увео и који је бранио до краја живота. Тако у предговору последњег издања свог уџбеника *Француски политички систем* (1996) – Диверже наводи зашто је потребно остати веран „методи која је уџбеник, у опису ефективног функционисања институција, учинила оригиналним од његовог првог издања" и која почива на „уско повезаној комбинацији између правног коментара и политиколошке анализе": „Уставно право не може се ограничити само на први елемент а да не остане чисто формалне природе. Један од његових основних циљева је да осветли зашто се аналогне правне одредбе остварују на различите начине у зависности од земаља – на пример, парламентарни систем у Великој Британији и у Италији – или сходно различитим моментима у оквиру исте земље – у Лондону на пример, где су владе биле слабе и нестабилне тридесетих година а постају јаке и стабилне од 1945. године. Или у Паризу, где њима доминира председник Републике између 1962. и 1986, 1988. и 1993, или од 1995, или први министар између 1986. и 1988. и 1993. и 1995".[11]

Оба ова подухвата, и институционализација политичких наука у Француској, и изучавања уставног права кроз политиколошку анализу, умногоме су била омогућена чињеницом да је 1951. године објављено најпознатије дело Мориса Диверже: *Политичке партије*.[12] У овој књизи, која је већ 1954. објављена на енглеском језику и која је од Диверждеа начинила, у светским оквирима, далеко најпознатијег француског правника и политиколога, налазе се неки од основних теоријских доприноса овог плодног аутора.

---

[10] M. Duverger, *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*, PUF, Paris, 1948; B. François, 25.

[11] M. Duverger, *Le système politique français*, PUF, Paris, 1996, 6.

[12] M. Duverger, *Les partis politiques*, Armand Colin, 1951.

Први од њих тиче се чувене дистинкције између „кадровских" и „масовних" политичких партија за коју се може рећи да је, и поред појава нових врста политичких партија попут „свеобухватних" или „картел партија", у много чему сачувала одређену актуелност и да се начин функционисања многих политичких странака и данас може приближити једној или другој поменутој категорији.[13] Без могућности да овде уђемо у детаље, потребно је нагласити да наведена дистинкција не почива првенствено на димензији странака, нити на броју њихових чланова (иако број чланова у оквиру Дивержеове дистинкције представља добар, мада не и нужно тачан, показатељ). Наиме, као што подвлачи Диверже, није реч „у разлици у величини, већ у структури" наведених партија.[14] Када говори о структури, Диверже првенствено алудира на улогу која је додељена чланству партије. Кадровске партије немају за циљ да учлане што већи број људи, већ што већи број утицајних људи који могу да послуже као квалитетан и ефикасан посредник ка гласачима. Супротно томе, масовне партије управо почивају на идеји организовања што обимнијег чланства, које је позвано да директно учествује у раду организације и да је финансира плаћањем чланарине.

Друга иновација показала се вишеструко далекосежнијом. Реч је о „Дивержеовим законима" (чувеним *Duverger's law*) односно о дефинисању узрочно-последичне везе између различитих изборних правила и могућих страначких система који проистичу из ових претходних. Оригинална теза гласи овако: „Општи утицај изборних система можемо да шематизујемо кроз следеће три формуле: 1. пропорционално представљање тежи стварању система вишебројних, ригидних, независних и стабилних партија; 2. двокружни већински систем тежи стварању система вишебројних, меких, зависних и релативно стабилних партија; 3. једнокружни већински изборни систем тежи стварању дуалистичког система, с периодичним смањивањем великих независних партија".[15] У поједностављеној форми, „Дивержеови закони" подразумевају да пропорционални изборни систем обезбеђује страначки систем с великим бројем партија, да већински двокружни систем води ка биполаризацији страначког система, док већински једнокружни изборни систем фаворизује и одржава бипартизам.

Иако су „Дивержеови закони" од 1951. године доживели бројне критике, реформулације и додатке – и сам Диверже је услед критичких ставова који су му били упућени ублажио, у последњем

[13] M. Duverger, *Les partis politiques*, Armand Colin, coll. Points essais, Paris, 1981 (1951), 119 и даље.

[14] *Ibid*., 120.

[15] *Ibid*., 291.

издању *Политичких партија*, каузалну везу нагласивши да изборни системи првенствено делују као фактори убрзавања или успоравања тенденција које су проузроковане „националним и идеолошким реалностима, и нарочито социоекономским структурама“[16] – ни њихови највећи критичари никада нису негирали утицај изборних правила на обликовање страначког система.

Коначно, поред наведених теоријских доприноса, Морис Диверже остаће упамћен и по успостављању нове типологије уставних режима. Наиме, класична подела на парламентарни и председнички режим није више била у могућности да адекватно осветли специфичности француске Пете републике и положај њеног председника. Стога је Диверже у уставно право увео категорију „полупредседничког“ режима, користећи неологизам који је први употребио оснивач дневног листа *Свет* Ибер Бев-Мери *(Hubert Beuve-Méry*) 1959. године.[17] Дефиниција полупредседничког режима незнатно је модификована кроз време. Њиме је првобитно Диверже означио „политичке режиме“ који поседују следеће три карактеристике: председник се бира на општим изборима као у САД; наспрам њега се налази први министар и министри који могу да владају само уз подршку парламента; коначно, председник може да распусти парламент, или самостално или на предлог првог министра.[18] Касније је из дефиниције полупредседничког режима избачена трећа карактеристика чиме се формулација свела на „коегзистенцију владе парламентарног типа и шефа државе председничког типа“.[19] Најзад, у последњем издању свог уџбеника, Морис Диверже каже да у „уставном праву, називамо полупредседничким режимом, режим у којем је председник Републике изабран на општим изборима и у којем располаже значајним сопственим надлежностима, али у којем влада, коју предводи први министар, може да опстане на власти само уз поверење већине посланика“.[20] Независно од ових благих варијација, основна константа дефиниције полупредседничког режима јесте да он садржи по једну фундаменталну карактеристику парламентарног режима – одговорност владе пред парламентом, и председничког режима – избор председника на општим изборима. Пуна вредност новоуведене категорије види се међутим тек с дистинкцијом коју потенцира Диверже и која почива на тврдњи да сваки демократски систем одређују два подсистема: уставни режим који је успостављен правним нормама и партијски систем који произлази из интеракције политичких партија. Ова дистинкција

---

16 *Ibid*., 292.

17 M. Duverger, „Régime semi présidentiel“, у: Olivier Duhamel, Yves Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF,1992, 901.

18 M. Duverger, *La Monarchie républicaine*, Robert Laffont, Paris 1974, 122.

19 M. Duverger, *Échec au roi*, Albin Michel, Paris, 1978, 18.

20 M. Duverger (1996[21]), 500 501.

омогућава Дивержеу да нагласи чињеницу да, баш као што парламентарни режим може да дâ два битно различита политичка система, британског или италијанског типа, тако и полупредседнички режим омогућава још шири дијапазон модалитета функционисања демократских система.[21]

Ако оставимо по страни одређене терминолоше непрецизности, неретке код Диверджеа уопште узев, нова категорија уставног режима, као и његово комбиновање са подсистемом који се односи на политичке странке и праксу институција, од непроцењиве је хеуристичке вредности и несумњиво омогућава да се пружи пригодан оквир за изучавање комплексних политичких институција, на првом месту институционалног поретка француске Пете републике.[22] Тим пре што је Дивержеова метода отворила врата и такозваној „стратешкој анализи институција", у којој се акценат ставља на конкуренцију између институција, њихов број, као и на оруђа и постојеће институционалне механизме којима се оне могу служити у институционалном такмичењу, чиме се значајно повећава слојевитост анализе која би почивала само на комбинацији два већ наведена подсистема.[23]

[21] *Ibid*.

[22] Ову комбинаторику уставних режима и политичких система додатно је моделовао и терминолошки прецизирао професор Оливје Диамел (*Olivier Duhamel*) нагласивши да се дистинкција између (уставног) режима и (политичког) система огледа у слећем: режим представља одређену правну структуру, тј. скуп правила којима се уређује власт и која су прописана уставом. Управо се на основу наведених правила успоставља разлика између различитих типова режима. Парламентарни режим се карактерише кроз постојање одговорности владе пред парламентом. Председнички режим карактерише се кроз „неопозивост" законодавне и извршне власти и двоструке изборе   председничке и парламентарне. Полупредседничи режим карактерише се кроз реципрочну „опозивост" законодавне и извршне власти и двоструке изборе   председничке и парламентарне. На три наведене категорије уставних режима надограђују се три категорије (политичких) система. Систем подразумева начин на који се власт врши сходно доминантној институционалној пракси. Он може бити „прво министарски": када је влада стабилна већина под вођством свог шефа   првог министра; „президенцијалистички": стабилна влада предвођена је председником који је изабран на општим изборима; „парламентаристички": нестабилна влада произлази из ровитих страначких коалиција (O. Duhamel, *Droit constitutionnel et politique*, Seuil, Paris, 1994, 653 654 и O. Duhamel, G. Tusseau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Seuil, 2013^{3}, 392). Наведена дистинкција између режима и система, и категорије које из ње проистичу, представљају сасвим поуздане инструменте за анализу различитих уставних и политичких поредака савремених демократија. Тако се, на пример, Велика Британија може одредити као парламентарни режим који функционише по прво министраском систему, док се Прва италијанска република или Четврта француска, морају окарактерисати као парламентарни режими који функционишу по парламентаристичком систему. Морис Диверже нагласио је иначе у последњем издању свог уџбеника како прихвата сугестију Оливјеа Диамела која се односи на прецизирање појмова „режим" и „систем", M. Duverger, (1996^{21}), 18 19.

[23] Овом методом, коју Диверже још 1959. године назива „стратегијском анализом", уводе се важни параметри, односно променљиве, попут постојања већинског

На самом крају, важно је поменути и прилично парадоксалну судбину Дивержеове заоставштине, која је на различитим странама Атлантика данас неједнако вреднована. У Сједињеним Америчким Државама слава Мориса Дивержеа никада није избледала. Његово главно дело, *Политичке партије* имало је по самом изласку енглеског издања снажне одјеке и било је нашироко коментарисано и цитирано. Поред нових категорија које је Диверже њиме увео, наведени успех се највећим делом објашњава чињеницом да су *Политичке партије*, кроз методе квантификације, тежњу за формализацијом и упоредни приступ, апсолутно биле у складу с настајућим канонима, односно критеријумима научности у друштвеним наукама. Другим речима, у контексту развоја дисциплине политичких наука педесетих година прошлог века, Дивержеове *Политичке партије* изгледале су већини савремених аутора као методолошки иновативно дело.[24] С друге стране, „Дивержеови закони" представљали су изузетно важну етапу за америчке политикологе и проблематика утицаја изборних правила на страначке системе још увек представља, са те стране Атлантика, веома живу истраживачку грану у оквиру политичких наука. Толико заправо значајну, да се данас говори о „дивержеанској агенди", тј. о истраживачком програму који се непосредно везује за Дивержеове тезе.[25]

У Француској пак, Морис Диверже временом је пао у заборав.[26] Зборник радова који му је посвећен након одласка у пензију (*Mélanges Duverger*) представља последњи истински осврт на каријеру славног професора у Француској, иначе земљи која никада није до краја прихватила један од најважнијих појмова Дивержеове заоставшти-

изборног система, постојања и процедуре распуштања законодавне власти, избо ра председника државе на општим изборима, процедуре референдума и гласања о неповерењу влади. Вид. Jean Claude Colliard, „Un homme d'intuition", *Revue internationale de politique comparée*, Vol. 17, 2010/1, 19; Jean Luc Parodi, „Imprévisible ou inéluctable, l'évolution de la Cinquième République", *La Constitution de la Cinquième République* (dir. O. Duhamel, J. L. Parodi), Presses de la Fondation nationale des Sciences politiques, Paris, 1988, 24 43.

24 Shaun Bowler, „La réception des Partis politiques en Grande Bretagne et aux États Unis", *Revue internationale de politique comparée*, Vol. 17, 2010/1, 39 54. Крајње симптоматично, на унутрашњој насловној стани *Политичких партија*, одмах испод наслова, уместо поднаслова стоји напомена: „Са 45 табела и графикона". Наведени „поднаслов" пружа добру илустрацију модела научности којем се тежи у друштве ним наукама након Другог светског рата и који, вођен идејом да се морају постићи објективни резултати и утврдити могуће законитости, представља заправо пресли кани модел научности који влада у природним наукама.

25 Rein Taagepera, „Le macro agenda duvergérien, à demi achevé", *Revue internationale de politique comparée*, Vol. 17, 2010/1, 93 109.

26 Чак је и вест о његовој смрти прошла помало незапажено, тек пропраћена с два три текста у дневној штампи и једним штурим саопштењем Универзитета Па риз 1, Пантеон Сорбона.

не: појам полупредседничког режима.[27] Наиме, велики број француских професора уставног права, можда и већински, Пету републику и данас дефинише као парламентарни режим.[28] Дуга парламентарна традиција, која је каткад умела да се изобличи и у тезу о суверености парламента, вероватно објашњава одбијање већег дела доктрине да изађе из класичног оквира који познаје дуалну поделу на парламентарни и председнички режим. Ипак, суштински разлози густе сенке која је бачена на дело Дивержеа контекстуалне су природе, на шта подсећа Бастијен Франсоа.[29] Дуго главни представник и предводник француског уставног права и политичких наука, Диверже је у неку руку био и главна жртва раздвајања ових дисциплина.

С једне стране, политичке науке су, управо захваљујући Дивержеу, успеле да стекну пуну универзитетску аутономију. Како више ни по једном основу нису биле у вези с јавним правом и како су могле независно да бирају свој наставни кадар од 1973. године, дошло је временом, првенствено под утицајем социологије, до промене проблематика, односно истраживачких програма. За разлику од САД, резултат тих процеса огледао се у скоро потпуном нестанку дивержеанских проблематика у оквиру дисциплинског поља политичких наука у Француској.

С друге стране, уставно право, под утицајем „школе из Екса“ (*l'école d'Aix*), тежило је да се врати искључиво у сферу права и да, избацивши политиколошку анализу, афирмише своју аутономију и своју правну природу првенствено кроз изучавање уставноправног спора, односно кроз судску праксу Уставно савета.[30] Ову „контрареволуцију“ симболички је означио и повратак крајем деведесетих година прошлог века старог назива за овај предмет: *Уставно право* уместо *Уставно право и политичке институције*.

---

[27] Dominique Colas, Claude Emeri (dir.), *Droit, institutions et systèmes politiques. Mélanges en hommage à Maurice Duverger*, PUF, Paris, 1987.

[28] Вид. Philippe Ardant, Bertrand Mathieu, *Institutions politiques et droit con stitutionnel*, LGDJ, Paris, 2013[25], 483 485; Guy Carcassonne „Immuable Ve République“, Pouvoirs, n° 126, 3/2008, 31; Marie Anne Cohendet, *Droit constitutionnel*, Montchrestien, Paris 2002[2], 7 13; Jean Claude Colliard, „Les régimes politiques occidentaux. Les différents modes de gouvernement“, *Cahiers français*, n° 300, Janvier février 2001, 74 80; Dmitri Georges Lavroff, *Le droit constitutionnel de la V[e] République*, Dalloz, Paris 1999[3], 993 997.

[29] B. François, 23 28.

[30] Довољно је погледати уџбеник припадника „Школе из Екса“ да би се уви дело у којој мери је направљен отклон од политиколошке анализе и до тада кла сичног изучавања уставног права у Француској (тако су на пример проблематике типологије режима или „стратешке анализе институција“ потпуно одсутне). Вид. Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Jean Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux, Guy Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris 2001[4].

Ипак, наведена „контрареволуција" још увек није однела победу. И данас се уставно право у Француској изучава првенствено сходно „дивержеанском" приступу, како на Универзитету Париз 1 Пантеон-Сорбона, тако и на већини других француских универзитета. Разлог томе вероватно лежи у вредности самог приступа. Као што подвлачи професор Жан-Клод Колијар (*Jean-Claude Colliard*), и сам некадашњи Дивержеов докторанд и асистент, *чисто правна анализа или судска пракса Уставног савета никада неће моћи да објасне скоро потпуно премештање власти од председника републике ка првом министру у случајевима кохабитације*.[31] И у томе вероватно лежи највећи допринос овог великог француског правника и политиколога, који је поред бројних признања, од 1981. године био и инострани члан Српске академије наука и уметности: функционисање политичких институција никада се истински неће моћи осветлити без мултидисциплинарног приступа и категорија које је увео Морис Диверже.

[31] J. C. Colliard, 19.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Текстови се куцају ћирилицом и по правилу не треба да буду дужи од једног табака. Изузетно, максимални обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт Times New Roman 12.

Уколико текст пређе дозвољени обим, биће одмах враћен аутору на неопходно скраћивање. Рецензенти неће бити одређени све док дужина текста не задовољи предвиђени обим.

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводи се академска титула, име и презиме аутора, а у пратећој фусноти која се означава звездицом, установа у којој је аутор запослен или друга афилијација, звање аутора и електронска адреса.

Текст намењен за рубрику „Чланци" мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи. На крају текста се налази резиме (summary) приближног обима и до пет кључних речи, са насловом рада на енглеском језику.

У интересу аутора је да наслов и кључне речи што верније и концизније одражавају садржај рада. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури и анонимним рецензијама.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италик словима (фонт 12), итд. са мањим фонтом.

Радови се предају у електронском облику.

За објављивање се предају искључиво оригинални радови, који не представљају део одбрањене тезе, објављене монографије или књиге, као и они који нису објављени или понуђени другом часопису. О томе аутор доставља изјаву приликом слања текста Редакцији. У супротном Редакција задржава право да с аутором прекине сваку будућу сарадњу.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика у погледу правописа, граматике и стила.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., p., pp., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994^{3}).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига). Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања", *Анали Правног факултета у Београду* (*Анали ПФБ*) 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова a, b, c, d, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995a), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље" с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.

Пример: М. Петровић (1995a), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница ibid, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid*., 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds." пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.", односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg."). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са назнаком „ур." пре имена.

Пример: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights", *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

7. Прописи се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а из последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12, итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, *http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL AD(2007)004 e.asp*, 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети" користи се скраћеница „Вид.", а за „упоредити" се користи скраћеница „Упор."

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade

Year LXIII, No. 1, 2015, pp. 1–350

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Dejan Popović, Gordana Ilić-Popov, Retroactivity of Statutes in Tax Law ––––––––––––––––––––––––– 5

Boris Begović, On Economic Inequality and Social Welfare –– 23

Predrag Stojanović, Ilija Zindović, Legal Liability for Sustainable Development and Environmental Protection –––––––––––––––––––––––––– 41

Dragor Hiber, Avoiding Surety Contracts in Bankruptcy Procedure –––––––––––––––––––––––––– 58

Tamás Korhecz, Non-Territorial Self-Governance of National Minorities in Serbia–––––––––––––––––––––– 75

Dragiša Drakić, On Introduction of Security Measures as Criminal Sanctions––––––––––––––––––––– 97

Dušan V. Popović, Critical Assessment of Copyright and Related Rights' Protection of Publishers: Protection of Commercial or Cultural Undertaking ––––––––– 116

Mirjana Radović, Commission of the Commercial Agent –––– 133

Branko Radulović, Prepacks and the Adverse Selection Problem ––––––––––––––––––––––––––– 151

Miloš Stanković, Legal Nature of Affatomia––––––––––– 169

Ivan Đokić, On Voluntariness of the withdrawal from the Commitment of the Criminal Offence –––––––––– 186

Katarina Dolović, The Effect of Creditor's Good Faith on Consequences of Unfounded Terminations of Contracts ———————————————— 202

Dragana Čvorović, Veljko Turanjanin, The Role of the Jury System in the French Criminal Procedure ————— 217

Živorad Rašević, Veterans before the European Court of Human Rights: Vučković and others against Serbia ———— 234

Miloš Radovanović, Condition for the Permissibility of a Lawsuit against Insurance Company ——————— 252

LEGISLATIVE AND JUDICIAL PRACTICE

Bojan Đokić, Breaching of Human Rights in Kosovo and Metohija (1999–2014): A Case Study —————— 268

STUDENT CONTRIBUTIONS

Petar Mitrović, The Principle of Secularity in the Republic of Serbia according to the Constitution of 2006. ——— 287

BOOK REVIEWS

Adam Tooze, *The Deluge: The Great War and the Remaking of Global Order, 1916–1931*, Allan Lane, London, 2014, 644.
(Boris Begović) ———————————————— 304

John Micklethwait, Adrian Wooldridge, *The Fourth Revolution: The Global Race to Reinvent the State*, Allen Lane, London, 2014, 305.
(Peđa Mitrović) ———————————————— 310

Ivan Janković, *Death Penalty in Serbia 1904–2002*, Službeni glasnik–Klio, Beograd 2012, 622.
(Stefan Dušanić) ———————————————— 314

Leszek Balcerowicz, Andrzej Rzonca, (eds.) *Puzzles of Economic Growth*, Washington, DC, 2015, 352.
(Ana Odorović) ———————————————— 321

Annika Mombauer, *Die Julikrise. Europas Weg in den Ersten Weltkrieg*, München: C. H. Beck, 2014, 128.
(Mihael Antolović) ——————————————— 326

IN MEMORIAM

Miloš Jovanović, *Maurice Duverger* (1917–2014)– – – – – – – – – 330

Instructions to Authors – 341

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна бибилиотека Србије, Београд

34 (497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Belgrade Law Review : Journal of Legal and Social Sciences / главни уредник Мирољуб Лабус. – Српско изд. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . – Београд : Правни факултет, 1953– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Три пута годишње. – Трећи број на енгл. језику. – Преузео је: Annals of the Faculty of Law in Belgrade =
ISSN 1452-6557
ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514

НОВА ИЗДАЊА ЦЕНТРА ЗА ИЗДАВАШТВО И ИНФОРМИСАЊЕ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ, ДЕЦЕМБАР 2014. – МАЈ 2015. ГОДИНЕ

Библиотека *Уџбеници*

Оливер Антић, *Облигационо право*, осмо издање, 595 стр.
Јадранка Мешић, *JUST ENGLISH Енглески језик у праву*, друго издање, 249 стр.
Будимир Кошутић, Бранко Ракић, Бојан Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, четврто измењено и допуњено издање, 294 стр.
Драгош Јефтић, Драгољуб Поповић, *Народна правна историја*, шесто издање, 308 стр.
Ратко Марковић, *Уставно право*, двадесето издање, 588 стр.
Саша Бован, *Основи социологије права*, треће издање, 214 стр.
Милован Митровић, Данило Вуковић, *Основи социологије права*, друго издање, 316 стр.
Дејан Ђурђевић, *Институције наследног права*, 350 стр.
Драган Митровић, *Аутономно право, пето издање*, 151 стр.
Зоран Томић, *Опште управно право*, осмо издање, 409 стр.
Владан Петров, *Парламентарно право*, друго издање, 168 стр.
Љубомирка Кркљуш, *Правна историја српског народа*, седмо издање, 341 стр.
Миленко Крећа, *Међународно право представљања*, четврто издање, 328 стр.
Милан Пауновић, Борис Кривокапић, Ивана Крстић, *Међународна људска права*, четврто издање, 365 стр.
Игор Вуковић, *Прекршајно право*, прво издање, 218 стр.
Владан Јончић, *Међународно хуманитарно право*, друго издање, 329 стр.
Ђорђе Игњатовић, *Криминологија*, дванаесто издање, 290 стр.

Библиотека *Приручници за полагање правосудног испита*

Оливер Антић, *Облигационо право*, пето издање, 452 стр.
Зоран Томић, *Управно право*, пето иновирано издање, 300 стр.
Ранко Кеча, *Грађанско процесно право*, 10 издање, 640 стр.
Илија Бабић, *Увод у Стварно право и грађанско право*, пето издање, 512 стр.

Библиотека *Монографије*

Бранко Ракић, Михајло Вучић, *Недогматски о европској интеграцији*, 160 стр.
Загорка Јекић, *Огледи о кривичном поступку*, 271 стр.
Бранко Ракић, *Европски суд правде и санкције према Србији*, 204 стр.
Марко Станковић, *Локална самоуправа у Србији*, 179 стр.
Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања* Књига 1, 492 стр.

Библиотека *Приручници*

Милена Полојац, *Практикум за Римско право Текстови и случајеви римских правника из облигационог права*, чет. издање, 311 стр.

Библиотека *Зборници*

Милена Полојац, Марко Ђурђевић, Зоран С. Мирковић, *Српски грађански законик 170 година*, 471 стр.
Зоран С. Мирковић, Милош Миленковић, *Век и по Велике школе у Београду*, 270 стр.
Душан В. Поповић, *Интелектуална својина и интернет: називи интернет домена, ауторска дела, жигом заштићене ознаке*, 160 стр.

Библиотека *Реторика и антика*

Сима Аврамовић, *Rhetorike techne: вештина беседништва и јавни наступ*, треће издање, 537 стр.

Библиотека *Crimen*

Часопис *Crimen* бр. 2/2014. године, 134 стр.
Ђорђе Игњатовић, *Право извршења кривичних санкција*, пето измењено и допуњено издање, 295 стр.
Зоран Стојановић, Драгана Коларић, *Кривичноправно сузбијање организованог криминалитета, тероризма и корупције*, 295 стр.

Библиотека *Пословно право*

Маша Мишковић, *Уговори о продаји у англосаксонском праву*, 133 стр.
Марија Вићић, *Менични регрес*, 120 стр.
Вук Радовић, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније* (2014), 515 стр

Библиотека *Varie*

Раде Кнежевић и група аутора, *Азбука права*, 146 стр.

Часопис *АНАЛИ*

Часопис *Анали Правног факултета у Београду*, број 2/2014, 272 стр.
Часопис *Анали Правног факултета у Београду*, број 3/2014, 182 стр.

У ОВОМ БРОЈУ:

Дејан ПОПОВИЋ, Гордана ИЛИЋ-ПОПОВ
/Ретроактивност закона у пореском праву

Борис БЕГОВИЋ
/О економској неједнакости и друштвеном благостању

Предраг СТОЈАНОВИЋ, Илија ЗИНДОВИЋ
/Правна одговорност за развој и заштиту животне средине

Драгор ХИБЕР
/Побијање уговора о јемству у стечајном поступку

Тамаш КОРХЕЦ
/Нетериторијална самоуправа националних мањина у Србији

Драгиша ДРАКИЋ
/О настанку мера безбедности као кривичних санкција

Душан В. ПОПОВИЋ
/Критички осврт на сродноправну заштиту издавача: заштита привредног или културног подухвата

Мирјана РАДОВИЋ
/Провизија трговинског заступника

Бранко РАДУЛОВИЋ
/Унапред припремљени планови реорганизације и проблем негативне селекције

Милош СТАНКОВИЋ
/Правна природа афатомије

Иван ЂОКИЋ
/О добровољности одустанка од извршења кривичног дела

Катарина ДОЛОВИЋ
/Утицај савесности повериоца на последице неоснованих раскида уговора

Драгана ЧВОРОВИЋ, Вељко ТУРАЊАНИН
/Улога пороте у француском кривичном поступку

Живорад РАШЕВИЋ
/Ветерани пред Европским судом за људска права: Вучковић и други против Србије

Милош РАДОВАНОВИЋ
/Услов за дозвољеност тужбе против осигуравајућег друштва